



Estrela Vanessa Lucas Pereira

**O ENTE COLETIVO E O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*:
ARTICULAÇÃO COM OS DEVERES DE COLABORAÇÃO
EXTRAPROCESSUAIS**

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito

Orientador:

Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2018

Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas, nos termos do art. 20º-A do Regulamento do 2º Ciclo. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de junho de 2018

Aos meus pais
por me permitirem e incentivarem
a seguir os meus sonhos

Agradecimentos

Deixo o meu agradecimento ao Senhor Professor Frederico de Lacerda da Costa Pinto por todo o apoio e conselhos que me deu neste percurso. Também por toda a inspiração que me transmitiu enquanto meu professor. Muito obrigado. Estou também agradecida à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, a minha faculdade, por ter sido exatamente aquilo que estava à espera.

À minha família e amigos, que sempre confiaram em mim e me incentivaram a seguir os meus objetivos e ideais. Que me fazem sorrir e acreditar que sou capaz. Ao Tiago, o meu melhor amigo e companheiro em tudo. À minha fé que sempre me acompanha e que me permite acreditar em mim e nunca desistir.

Aos meus pais que me permitem ter asas para voar mais longe e chegar aos meus sonhos. Muito obrigado.

Modo de citação e outras menções

Quanto às monografias citadas ao longo da dissertação, a primeira citação realizada é feita do seguinte modo: nome do autor, seguido do título da obra, da indicação do tomo ou volume, do ano de publicação e da(s) página(s) a considerar. Quanto a artigos que constem em publicações periódicas, a citação é feita através da identificação do nome do autor, do título do artigo, ano e página(s) a considerar. Já a segunda citação e as seguintes são feitas apenas com a identificação do nome do autor e do ano do artigo, referindo sempre a(s) página(s) a que disser(em) respeito.

A jurisprudência que é referida ao longo da dissertação é identificada pelo nome do tribunal respectivo, seguido do número do processo e da data da decisão. Todos os restantes dados, nomeadamente, o(s) nome(s) do(s) relator(es) e a respetiva fonte, constam da lista geral de jurisprudência, que sucede à lista de bibliografia. O modo de organização das decisões jurisprudenciais é, em primeiro lugar, as decisões proferidas por tribunais estrangeiros e, em segundo lugar, indicando-se os tribunais nacionais. De entre as decisões de tribunais nacionais, a ordem segue a estrutura hierárquica, começando sempre pela decisão mais antiga no caso de haver decisões proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional. Nas decisões jurisprudenciais consultadas em sítios da Internet, é referida a data na qual se realizou essa consulta e o local da consulta.

Por vontade expressa, este trabalho segue as regras de ortografia do novo acordo ortográfico.

Índice

Abreviaturas e siglas	vii
Resumo	ix
Abstract	x
Introdução	1
Capítulo I – Âmbito e contornos do Princípio <i>Nemo Tenetur se Ipsum Accusare</i>	4
1. Fundamento legitimador do princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	4
2. Corolários do princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	8
3. Limite à colaboração exigível ao arguido	17
Capítulo II – Aplicação e contornos do Princípio <i>Nemo Tenetur</i> e seus corolários ao ente coletivo	19
1. Enquadramento sobre o processo penal do ente coletivo	19
2. O ente coletivo como sujeito jurídico e a titularidade de direitos fundamentais	22
3. Compatibilidade do direito ao silêncio com o ente coletivo: a sua qualidade de sujeito processual e o exercício do direito ao silêncio	26
3.1.O ente coletivo como arguido	26
3.2.Representação do ente coletivo no processo penal	30
3.3.Qualidade de representante legal: responsabilidade cumulativa	34
3.4.Exercício de direitos e deveres no seio do ente coletivo	36
4. Contornos do direito à não auto-incriminação do ente coletivo: compatibilização com os deveres de colaboração processuais	41
4.1.Dever de entrega de documentos e outros objetos	41
4.2.As especificidades do ente coletivo	44
Capítulo III – Os deveres de colaboração extraprocessuais em articulação com o Princípio <i>Nemo Tenetur</i>	46
1. Os deveres de colaboração extraprocessuais no âmbito da supervisão económica: da sua existência e constitucionalidade	46

2. Aplicabilidade do princípio <i>nemo tenetur</i> no âmbito de um processo- contraordenacional: exercício do direito ao silêncio e do direito contra a auto- incriminação	49
3. A manutenção da sujeição ao cumprimento dos deveres de colaboração perante o poder sancionatório das autoridades de supervisão e perante a eventualidade de um processo sancionatório	53
3.1.A eventualidade de um processo contra-ordenacional	53
3.2.A eventualidade de um processo criminal	57
3.3.Tutela sancionatória do incumprimento dos deveres de colaboração	59
4. Utilização dos elementos obtidos na fase de supervisão em consequente processo contra-ordenacional	60
5. Valoração dos deveres de colaboração no processo penal para infrações “intrassistemáticas”	63
Conclusão	71
Bibliografia	74
Lista de Jurisprudência	79

Abreviaturas e siglas

Al.	Alíneas
Als.	Alíneas
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CdVM	Código dos Valores Mobiliários
Cfr.	Confirmar
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Coord.	Coordenação
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
<i>Idem</i>	O mesmo Autor, da mesma maneira
MP	Ministério Público
Nº	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
RGCO	Regime Geral das Contra-Ordenações
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Vol.

Volume

Resumo

A presente dissertação versa sobre o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e a sua aplicação ao ente coletivo quando este esteja sob a veste de arguido. O primeiro enfoque refere-se ao princípio *nemo tenetur* e aos seus corolários. Num segundo plano, averiguamos dos contornos da sua aplicação ao ente coletivo. A aplicação do direito ao silêncio ao ente coletivo implica várias respostas que não estão consagradas a nível processual mas que suscitam complexidades relativamente à amplitude deste direito no seio do ente coletivo.

O mesmo quanto ao direito contra a auto-incriminação, que deve ser conjugado com a auto-incriminação do próprio ente coletivo e com a auto-incriminação dos demais titulares de órgãos e membros do ente coletivo.

Por fim, a presente dissertação versa ainda sobre as exceções ao princípio *nemo tenetur*, consubstanciadas nos deveres de colaboração, principalmente, os extraprocessuais. Aqueles que surgem numa esfera exterior à colaboração processual que é exigida ao arguido de um processo penal. Por isso, importa analisar o exercício do direito ao silêncio e do direito contra a auto-incriminação pelo visado, sujeito a deveres de colaboração no âmbito da supervisão das atividades económicas.

Como objetivo a alcançar, pretendemos deslindar as complexidades associadas ao exercício de prerrogativas processuais pelo ente coletivo, tendo em conta a sua orgânica e a sua estrutura organizativa. Visamos ainda averiguar da manutenção dos deveres de colaboração quando haja uma suspeita contra o visado, bem como dos contornos com que podem ser utilizados os elementos trazidos pelos visados pelos deveres de colaboração num subsequente processo sancionatório, principalmente, se de cariz criminal.

Palavras-chave: Princípio *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*; direito ao silêncio; direito contra a auto-incriminação; ente coletivo; arguido; deveres de colaboração

Abstract

This dissertation deals with *nemo tenetur se ipsum accusare* principle and its importance to the legal person when accused. The first point refers to *nemo tenetur* principle and its corollaries. In a second point, we are going to investigate the contours of its application to the legal person. The application of the right to silence to legal person involves several questions that hasn't a procedurally answers, but which raise complexities regarding the extent of this right within the legal person.

The same happens to the right against self-incrimination, which must be combined with the self-incrimination of the legal person itself and with the self-incrimination of the other organ owners and members of the legal person.

Finally, this dissertation also deals with the exceptions at *nemo tenetur* principle, embodied in the duties of collaboration, especially the extra-procedural ones and those who appears outside the procedural collaboration that is required to the defendant in criminal proceedings. It is therefore necessary to examine the exercise of the right to silence and the right to self-incrimination by the concerned, which is the subject of collaborative duties in the supervision of economic activities.

The purpose of this dissertation is to demarcate the complexities associated with the exercise of procedural prorogations by the legal person, taking into account its organic and organizational structure. We also aim to investigate the maintenance of the duties of collaboration when there is a suspicion against the concerned, as well as the contours of the elements brought by the concerned, which can be used for the duties of collaboration in a subsequent sanctioning process, especially a criminal one.

Keywords: Principle *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*; right to silence; right against self-incrimination; legal person; defendant; duties of collaboration

Declaração do Número de Caracteres da Dissertação

Declaro que, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 31.º, n.º 2 do Regulamento do 2.º Ciclo de Estudos conducente ao Grau de Mestre em Direito, o corpo da presente dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de **193.880 caracteres**.

Introdução

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* assume, e sempre assumiu, uma importância determinante. Principalmente, perante Estados modernos que consagram um processo penal de estrutura acusatória, onde se considera o arguido como um sujeito jurídico, com deveres e direitos e não apenas como um meio de prova para descoberta da verdade absoluta. Portanto, é princípio vigente em qualquer processo penal que garanta um efetivo estatuto de arguido, com direito e deveres, e onde prevaleça a presunção de inocência do arguido.

Este princípio permite proteger o arguido contra diferentes tipos de exigências, podendo ser invocado o direito ao silêncio e o direito contra a auto-incriminação, dois corolários do princípio *nemo tenetur*. Contudo, revela-se essencial delimitar os conteúdos e alcances de cada um desses corolários face ao tratamento indistinto que muitas vezes lhes é dado. O nosso intuito é, como tal, determinar o alcance e extensão dos seus corolários de modo a conseguir uma perceção clara e inequívoca sobre cada um deles, construindo uma fronteira entre o exercício do direito ao silêncio e o exercício do direito à não auto-incriminação.

Os contornos do princípio *nemo tenetur* assumem ainda maior relevo quando em causa estão outros titulares que não os comumente tratados pela doutrina e os historicamente associados a este princípio. Referimo-nos ao ente coletivo. A aplicabilidade deste princípio aos entes coletivos é determinante face à sua intervenção crescente nos vários setores da economia e sociedade e face à possibilidade da sua responsabilização criminal podendo, consequentemente, vir a ser arguidos num processo penal. Perante um princípio intimamente ligado à pessoa humana, importa deslindar o modo como a sua invocação será levada a cabo na orgânica de um ente coletivo. A ausência de um corpo físico não pode equivaler a uma consagração menos protetora das garantias processuais penais. Mostra-se necessário criar mecanismos de articulação de modo a que o ente coletivo possa legitimamente invocar o exercício do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação. Assume-se como determinante a figura do representante legal do ente coletivo no processo. O modo como este intermediário exerce os direitos e deveres associados ao estatuto de arguido do representando é como que artificial mas necessária face à orgânica do ente coletivo, sendo que entre o representante e representado surge uma relação que deve ter contornos específicos e muito além de uma mera relação de mandato.

O ente coletivo, apesar de representado no processo por apenas uma pessoa, deve ser considerado como um todo orgânico o que exige soluções específicas a nível do exercício do direito ao silêncio, que deve ser um exercício imputado ao ente coletivo. Também a nível do direito contra a auto-incriminação surgem relações complexas face à obrigação de entrega de elementos pelo ente coletivo mas que, no caso concreto, pode significar a entrega de elementos auto-incriminatórios para a pessoa singular que detêm esses elementos naquele específico momento. Portanto, este tipo específico de arguido implica que se adotem soluções especiais face aos complexos problemas que surgem do exercício de direitos processuais no seio de um ente coletivo.

O princípio *nemo tenetur* não tem, ainda assim, uma proteção absoluta, tal como não a têm os demais direitos fundamentais, à luz do artigo 18º, nº2 da CRP. Por isso, impõem-se exceções a este princípio sendo constantemente imposta uma colaboração do arguido no processo. Contudo, pode representar uma colaboração para a sua própria auto-incriminação. Isso é ainda mais evidente perante a criminalidade económica, onde atuam principalmente entes coletivos, organizados de modo complexo e com uma estrutura diversificada e bastante especializada. A par disso, são constantes os fenómenos de supervisão das atividades económicas, que limitam de forma intensa a liberdade de atuação destes novos atores económicos.

Face a estas constatações, impõe-se adotar uma conceção moderna do princípio *nemo tenetur*, pois que adaptado às exigências de um estado intervencionista como o que existe hoje. Os entes coletivos, ao atuarem na economia e na sociedade, estão sujeitos a deveres de colaboração como contrapartida do exercício de uma atividade regulada e com padrões de controlo. Estão sujeitos também a amplos poderes sancionatórios das autoridades que desencadeiam essa supervisão, como sejam poderes para instruir um processo contra-ordenacional e poderes para desencadear uma investigação criminal que poderá desencadear um processo criminal. De suma importância assume-se a articulação destes deveres de colaboração com o princípio *nemo tenetur*, concluindo se aqueles devem cessar ou não quando estejam em confronto com o princípio *nemo tenetur*.

Sendo os deveres de colaboração legítimos e constitucionais, importa determinar o modo e os limites com que o resultado desses deveres pode transitar para um subsequente processo sancionatório. Portanto, não apenas a comunicabilidade do resultado desses deveres de colaboração para um eventual processo sancionatório, contra-ordenacional ou

criminal, bem como os riscos que essa comunicabilidade pode desencadear nas garantias de defesa do arguido.

Capítulo I - Âmbito e contornos do Princípio *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*

1. Fundamento legitimador do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

No processo penal, vigora um princípio fundamental que, recorrendo a expressões latinas, é identificado como *nemo tenetur se ipsum accusare* que pode traduzir-se, essencialmente, no privilégio contra a auto-incriminação, que determina que ninguém pode ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação. Trata-se de um princípio essencial no processo penal de qualquer Estado de Direito moderno, sendo que considera-se que a sua origem moderna ocorreu em Inglaterra, no séc. XVII e que foi também acolhido, em 1791, na 5ª Emenda ao texto constitucional norte-americano, tendo depois cabido à jurisprudência ampliar o alcance do princípio¹. Contém por isso várias dinâmicas e contornos ao longo do tempo². O seu acolhimento foi no sentido de consagrar-se um processo com uma estrutura acusatória, contraposto ao modelo inquisitório vigente à altura.

Perante um processo caracterizado pela busca da verdade a qualquer preço, mesmo que por via da extração de declarações ao arguido através de tortura e coação, opõe-se a necessidade de um processo em que o acusado se presumia inocente até que a sua responsabilidade seja formal e definitivamente determinada. Um arguido que viria a adquirir direitos e garantias durante o processo³, inclusivamente, a liberdade de declaração. O arguido deixa assim de ser apenas objeto de prova para passar a ser um sujeito processual, com direitos e deveres.

Vários textos, quer nacionais quer internacionais, debruçam-se sobre este princípio e prevêm o seu acolhimento. No caso do direito português, essa receção de instrumentos internacionais ocorre por via do artigo 8º, nº2 da Constituição da República Portuguesa, que consagra a receção de convenções internacionais que vinculem internacionalmente o Estado Português. O princípio *nemo tenetur* é densificado por via da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu artigo 11º, nº1 onde, na verdade, “se fala apenas de presunção de inocência e garantias de defesa, embora se entenda que dela decorre o direito

¹ Nesse sentido, PINTO, Lara Sofia, “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido – *Case study*: revelação coativa da *password* para descriptação de dados – *resistance is futile?*”, 2013, pág. 103 e 104. Enuncia-se como fundamental o caso *Miranda v. Arizona*, do qual surgiram os *Miranda Rights* que se traduzem numa garantia processual do princípio *nemo tenetur*.

² *Idem*, pág. 100 a 104, sobre a origem história e evolução do princípio.

³ Nesse sentido, a descrição feita da estrutura acusatória de SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, 2008, pág. 54 a 59.

ao silêncio”, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu artigo 6º, nº2 “que se centra, em particular, no princípio da presunção de inocência do arguido”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, que no seu artigo 14º, nº3, al. g) “assegura que qualquer pessoa acusada de infração penal terá direito, pelo menos, a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada” e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia “que igualmente assegura o princípio da presunção de inocência e a garantia dos direitos de defesa”⁴.

No Estado Português, o princípio *nemo tenetur* é reconhecido de modo fragmentado no Código de Processo Penal. Aliás, apenas uma das suas vertentes é acolhida expressamente⁵. Trata-se da consagração expressa do direito ao silêncio no artigo 61º, nº1, al. d) do Código de Processo Penal, sendo um direito processual do sujeito que é constituído arguido. Este direito ao silêncio tem depois afloramentos no decorrer do CPP. Grosso modo, consubstanciam a prerrogativa do arguido em se recusar a prestar declarações ou responder a questões, tendo o direito a ser esclarecido quanto ao conteúdo desta prerrogativa, não podendo ser desfavorecido no exercício deste seu direito, sob pena de originar-se provas proibidas nos termos do artigo 58º, nº5⁶.

Contudo, o princípio *nemo tenetur* consubstancia-se numa garantia de defesa que também está constitucionalmente assegurada ao arguido apesar de não expressamente consagrada⁷, sendo um princípio constitucional não escrito, mas que emana dos preceitos da CRP, nomeadamente, o artigo 32º que consagra a garantia dos direitos de defesa e do princípio da presunção de inocência⁸. Aliás, assim se passa noutros países europeus onde essa consagração é implícita, como na Alemanha que dispõe já de um conjunto significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal “sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica

⁴ Enunciação e referências retiradas de LOUREIRO, Flávia Novera, “O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono”, 2017, pág. 24.

⁵ O que, como mais tarde viremos, causa alguma incerteza e entendimentos diversos sobre a sua aplicação prática conforme se retira do Comentário à Diretiva 2016/343/U.E relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, pelo Fórum Penal, disponível em <http://www.forumpenal.pt/docs/Posi%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas” (Parecer), 2009, pág. 39.

⁷ A doutrina avança nesse sentido. Ver, *idem*, pág. 39; ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 2006, pág. 125; LOUREIRO, Flávia Novera, 2017, pág. 24.

⁸ Como constata LOUREIRO, Flávia Novera, 2017, pág. 24.

dignidade constitucional⁹”, apesar de existir alguma divergência quanto à fonte legitimadora desse princípio¹⁰.

A natureza constitucional implícita¹¹ decorre da análise de preceitos constitucionais dos quais emana a consagração da prerrogativa contra a auto-incriminação. No entanto, pode-se apontar duas correntes que refletem divergentes posições doutrinárias relativamente à natureza deste princípio.

Trata-se¹², em primeiro, da corrente substantivista. Comporta essencialmente uma componente material e substantiva. Fundamenta-se por isso em preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, como sejam a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP), o direito à integridade pessoal da pessoa e o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade (artigos 25º e 26º da CRP). Na Alemanha, ao contrário do que entre nós se passa, é esta a corrente defendida maioritariamente, encarando o princípio *nemo tenetur* e os seus corolários como verdadeiros direitos de personalidade intimamente ligados à dignidade da pessoa humana o que, em termos práticos, implica uma maior proteção e intangibilidade do núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*¹³. No oposto, a corrente processualista, com um caráter mais adjetivo e processual, no sentido em que fundamenta o princípio *nemo tenetur* nas garantias processuais reconhecidas ao arguido. A sua fonte jurídico-constitucional consubstancia-se nos artigos 20º, nº4 e no 32º, nº1 e nº2 da CRP que prevêm a garantia de um processo equitativo e as garantias de defesa e presunção de inocência do arguido. Posto isto, considera-se que o direito ao silêncio, enquanto corolário do princípio *nemo tenetur*, “só pode, entre nós, reconduzir-se a uma dimensão tática do direito de defesa, previsto no artigo 32º, nº1 da CRP”¹⁴.

⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, 2006, pág. 124, nota de rodapé nº24 onde refere a decisão de 31.1.1981 (NJW 1981, pág. 1431)

¹⁰ *Idem*, pág. 124 e 125, onde identifica três correntes vigentes: a jurisprudência constitucional e ordinária reconduz o princípio ao respeito pela dignidade humana; a doutrina dominante fundamenta-o na liberdade geral de ação ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; uma posição mais híbrida que fundamenta o princípio no direito de autodeterminação e, ao mesmo tempo, à dignidade da pessoa humana.

¹¹ LOUREIRO, Flávia Novera, 2017, pág. 22.

¹² Nesta explicitação, seguiremos a opinião de DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 40 a 42.

¹³ Cit. por MENEZES, Sofia Saraiva de, “O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, 2013, pág. 123.

¹⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação” (Parecer), 2009, pág. 99.

Após uma passagem pela doutrina, entendemos que a maioria tende para defender um fundamento jurídico-constitucional baseado nas garantias processuais¹⁵. No entanto, apoiamos o entendimento¹⁶ que concede aos direitos fundamentais um papel de fundamento mediato e indireto do princípio *nemo tenetur*. Apesar de se reflectir numa garantia processual, o seu intuito, ainda que indiretamente ou mediatamente, é sempre a proteção dos direitos fundamentais do arguido que deve ser encarado como um sujeito processual com direitos e deveres e não como mero objeto do processo. Face a isto, ainda que se parta de uma componente meramente processualista, com os seus alicerces no estatuto processual do arguido composto por direitos e garantias processuais, o ponto de chegada mediato é sempre um fundamento material ou substantivo que se prende com a proteção dos direitos fundamentais do sujeito. Aliás, os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, são já princípios base e orientadores de toda a matéria penal e processual penal nos Estados de Direito modernos, como demonstra o artigo 1º da CRP.

Nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, resulta que o direito ao silêncio, enquanto corolário do princípio *nemo tenetur*, integra as garantias de defesa do arguido. No Acórdão 695/95¹⁷, entendeu o TC que o artigo 342º, nº2 do CPP, quando no início da audiência de discussão e julgamento, impunha ao arguido o dever de resposta relativamente aos seus antecedentes criminais e outros processos criminais de que era alvo, sob pena de responsabilidade penal, constituía uma violação do direito ao silêncio “enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”, sendo por isso inconstitucional. No mesmo sentido, o Acórdão 155/2007¹⁸ que corrobora o entendimento alcançado pelo Acórdão 695/95. Manifestamente, a posição do TC harmoniza-se com a posição da doutrina, optando também pela conceção processualista do princípio *nemo tenetur*¹⁹.

Estas correntes detêm um amplo alcance, além do plano meramente teórico. Esta destrinça é essencial pois, a escolha entre uma das vertentes implica “consequências ao nível da possibilidade de introduzir restrições ao princípio *nemo tenetur*”, havendo uma “maior margem de manobra para introduzir restrições se o fundamento do princípio for de

¹⁵ A favor da corrente processualista: DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2006, pág. 42; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 99.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 41.

¹⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 351/95 de 05 de Dezembro de 1995.

¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 695/06 de 02 de Março de 2007.

¹⁹ PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 107.

natureza processual”²⁰. Contudo, essa escolha não resolve todos os problemas, nomeadamente, quais os limites às eventuais restrições a este princípio.

2. Corolários do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

O princípio *nemo tenetur* é hoje entendido como um princípio concretizado por dois corolários. São o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação. Apesar de por vezes encarados como sinónimos, têm conteúdos distintos como considera a maioria da doutrina.²¹ Distintos mas intimamente interligados²² pois em ambos está em causa a utilização do arguido como meio de prova. Quer por via das suas declarações, quer por via da sujeição a diligências de prova previstas em lei expressa.

Apesar de apenas o direito ao silêncio se encontrar consagrado expressamente na lei processual penal, o direito à não auto-incriminação também está acolhido e é autónomo em relação ao direito ao silêncio. Mesmo adotando uma conceção estrita do direito ao silêncio, que apenas inclui o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações, tal não significa que o direito à não auto-incriminação não tem acolhimento. Antes, tratando-se de um corolário do princípio *nemo tenetur*, o seu fundamento jurídico-constitucional é o mesmo: as garantias processuais reconhecidas ao arguido na CRP como, o processo equitativo e a presunção de inocência. Entendemos por isso que o direito ao silêncio é uma consagração do princípio *nemo tenetur* juntamente com o direito à não auto-incriminação, tendo ambos existência autónoma e conteúdos distintos, que permitem ao arguido reagir contra diferentes exigências de colaboração com o processo penal em curso.

Segundo a letra do artigo 61º, nº1, al. d) do CPP, o direito ao silêncio permite ao arguido “não responder a perguntas feitas” sobre os “factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. Esta pode ser considerada a definição legal do direito ao silêncio que é também a acolhida pela jurisprudência²³ entre nós. Está, por isso, intimamente ligado às declarações do arguido que são vistas, no processo penal dos Estados modernos, não só como um meio de prova como também uma manifestação do direito de defesa do arguido²⁴, indispensável face à garantia constitucional

²⁰ PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 105.

²¹ Nesse sentido, MENEZES, Sofia Saraiva de, 2013, pág. 118; PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 108; LOUREIRO, Flávia Noversa, 2017, pág. 24 a 25.

²² Neste sentido, RAMOS, Vânia Costa, “Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, 2006, pág. 132 e 133

²³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 07P3227 de 10 de Janeiro de 2008.

²⁴ MENEZES, Sofia Saraiva de, 2013, pág. 121.

de um processo equitativo, da presunção de inocência e de um processo criminal de estrutura acusatória. Sendo um direito de defesa do arguido, permite que este opte por exercê-lo ou não, podendo recusar-se a declarar ou, pelo contrário, colaborar e intervir o quanto desejar de modo a defender-se dos fatos que lhe são imputados, sendo dotado de uma liberdade de declaração plena. Deste modo, garante-se o respeito pela autonomia e pela liberdade do arguido, que pode querer contribuir ou não para a investigação, revelando o seu conhecimento quanto aos factos imputados.

O direito ao silêncio contém diversas manifestações no CPP que permitem conformar o seu exercício pelos sujeitos processuais. Resulta, assim, do artigo 141º, nº4, al. a) que, no primeiro interrogatório judicial de arguido detido, o juiz informa o arguido dos seus direitos, nomeadamente, do seu direito a não responder e, se necessário, esses direitos devem ser-lhe explicados; e da al. b) que caso não exerça o seu direito ao silêncio, as suas declarações podem ser utilizadas no processo segundo a livre apreciação da prova; do artigo 143º, nº2 e do 144º, nº1 que faz aplicar, ao primeiro interrogatório não judicial de arguido detido e aos demais interrogatórios do arguido, o mesmo regime que o acima descrito; do artigo 343º, nº1 que determina que o exercício do direito ao silêncio pelo arguido não o pode desfavorecer nem pode ser valorado; do artigo 345º, nº1 que consagra o direito do arguido a optar pelo silêncio, quer absoluto quer parcial, sem que isso o desfavoreça e sem ter de explicar o seu silêncio. Resultam assim três pilares deste regime²⁵: o arguido deve ser advertido da existência do seu direito ao silêncio; o arguido pode optar por silêncio total ou parcial; o arguido, tendo optado pelo silêncio total ou parcial, não pode isso ser valorado contra si, ficando excluído ao princípio da livre apreciação da prova do artigo 127º.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008 é elucidativo quanto ao exercício do direito ao silêncio, estando em causa, entre outros aspetos, a discussão acerca do artigo 343º, nº1 do CPP, entendendo o recorrente que o Tribunal recorrido valorou o seu silêncio, tendo o tribunal definido a personalidade do arguido com base no silêncio que o mesmo fez valer. O STJ considerou que o silêncio é um direito do arguido e o seu exercício não o pode prejudicar. No entanto, também não o pode beneficiar. Assim, “se o arguido prescinde, com o seu silêncio, de dar a sua visão pessoal dos fatos e eventualmente esclarecer determinados pontos de que tem um conhecimento

²⁵ MENEZES, Sofia Saraiva de, 2013, pág. 127.

pessoal, não pode, depois, pretender que foi prejudicado pelo seu silêncio²⁶”. Mas, vai mais longe: cita o Acórdão do STJ de 14 de Julho de 2006, que entendeu que “ao não falar, o arguido prescinde de poder gozar de circunstâncias atenuantes de relevo, como sejam a confissão e o arrependimento²⁷”. Tal como a doutrina²⁸ entende, parece que o exercício do direito ao silêncio não pode prejudicar e ser desfavorável ao arguido pelo menos juridicamente. No entanto, facticamente poderá vir a ser prejudicado pois não deu o seu ponto de vista sobre os fatos, não podendo o Tribunal aceder a esse conhecimento pessoal.

Ainda assim, este aspeto não é salvaguardado pelo artigo 343º, nº1. O Presidente, aquando a produção de prova, deve informar o arguido de que o exercício do silêncio não o pode desfavorecer mas, é de questionar se não deveria também esclarecê-lo que pode, apesar disso, não beneficiar de circunstâncias atenuantes de relevo. Há por isso quem considere que se está perante uma imprecisão do artigo 343º, nº1 que pode provocar uma opção não esclarecida do arguido que não foi devidamente esclarecido de que, exercendo o silêncio, pode não beneficiar de circunstâncias que poderia justificar ou desculpar, pelo menos parcialmente, a infração²⁹. O Presidente deveria ser mais explícito a esclarecer que pode o arguido, provavelmente, estar a abdicar de vantagens. Entendemos, também, que só assim se dá o devido cumprimento ao dever de advertência que impende sobre as autoridades judiciais (e órgãos de polícia criminal), nos termos dos artigos 343º, nº1, 141º, nº4, al. a), 143º, nº2 e do artigo 144º, nº1. Este dever de advertência, ou de esclarecimento, é essencial de modo a permitir que o arguido esteja esclarecido e que decida livremente, sob pena de se violar o seu direito de defesa. Ao ponto de que, se violado este dever, a cominação aplicada é a mais grave, gerando proibição de valoração da prova, nos termos do artigo 58º, nº5³⁰. Deste modo se garante que qualquer contributo prejudicial dado pelo arguido seja uma “afirmação esclarecida e livre de auto-responsabilidade³¹”.

²⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 07P3227 de 10 de Janeiro de 2008.

²⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 06P1926 de 14 de Julho de 2006.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 2004, pág. 449.

²⁹ MENEZES, Sofia Saraiva de, 2013, pág. 130.

³⁰ Nesse sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, 2006, pág. 126; MENEZES, Sofia Saraiva de, 2013, pág. 131; RISTORI, Adriana Dias Paes, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, 2007, pág. 173 e 174. No entanto, há doutrina que considera que em causa está apenas uma irregularidade, com fundamento no artigo 118º, nº2. Nesse sentido, SANTOS, Manuel Simas e HENRIQUES, Manuel Leal, *Código de Processo Penal Anotado, II*, 2000, pág. 359.

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa, 2006, pág. 121.

Apesar disto, parece que a orientação seguida pelo STJ encontra fundamento na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. No Acórdão *Murray*³², o TEDH pretendeu concretizar a proibição de valoração do silêncio, referindo que não se trata de uma “proibição absoluta” pois, nos casos em que seria necessária a explicação do arguido, se este se recusa a falar, deve-se então “tomar em conta o silêncio do interessado na avaliação da força da prova produzida pela acusação”³³. Quer isto dizer que, ainda que não se valore o silêncio, ele pode vir a ser prejudicial ao arguido no caso concreto, tendo em conta a prova trazida e produzida no processo.

Entre nós, portanto, o regime do direito ao silêncio na lei processual penal não levanta grandes divergências entre a doutrina pois, são elementos que, de alguma maneira, já estão entre nós consolidados. No entanto, maior divergência existe quando nos debatemos com a necessidade de determinar o conteúdo do direito ao silêncio e o seu alcance. Quanto ao conteúdo do direito ao silêncio, procuramos definir o seu objeto, isto é, quando é que pode ser invocado pelo arguido. Pode ser invocado quando o arguido pretende recusar responder a qualquer questão que lhe foi feita sobre factos que lhe estão a ser imputados. Mais dúbio é o seu alcance: o arguido também pode invocar esse direito quando se pretende opor a uma qualquer diligência de prova? A resposta parte da interpretação do artigo 61º, nº1, al. d) do CPP, que consagra o direito a não responder a perguntas feitas por qualquer entidade e do nº3, al. d) desse mesmo artigo, que consagra um dever de sujeição do arguido a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei. Quer isto dizer que o objeto do direito ao silêncio é não só a recusa a prestar declarações como também a recusa na sujeição a diligências de obtenção de prova? Duas vertentes sobre o problema são dadas pela visão maximalista e pela visão minimalista³⁴.

A corrente maximalista entende que o direito ao silêncio tem um conteúdo estrito e amplo. No sentido estrito, apenas remete às declarações do arguido. No sentido amplo, além das declarações do arguido engloba ainda outras atuações que não meramente comunicacionais, consubstanciando-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova contra si próprio. Tem como objeto as declarações do arguido mas também a sujeição às

³² Acórdão *Murray*, de 8 de Fevereiro de 1996.

³³ RAMOS, Vânia Costa, 2006, pág.143 e 144, mais precisamente a nota de rodapé nº37.

³⁴ Trata-se de classificação dada por PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 108 e 109 e também pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 de 28 de Maio de 2014.

diligências de obtenção de prova, previstas no artigo 61º, nº3, al. d)³⁵. A título de exemplo, poderia ser invocado o direito ao silêncio pelo arguido caso este quisesse opor-se à entrega de um documento. A corrente minimalista considera que o direito ao silêncio apenas permite ao arguido recusar-se a prestar declarações e nada mais, sendo exclusivamente um direito de conteúdo comunicacional. Inclui por isso apenas o sentido estrito do direito ao silêncio. Quanto às diligências de prova, o regime aplicável já não é o artigo 61º, nº1, al. d) que permite ao arguido recusar-se a responder antes, o nº3, al. d) desse mesmo artigo, que coloca o arguido numa situação de sujeição quanto às diligências de prova.

Muitas vezes, o direito ao silêncio é usado não apenas para um conteúdo meramente comunicacional mas também para abarcar “outras formas auto-incriminatórias de cooperação do arguido no processo, tais como a entrega de documentos³⁶”. No entanto, não podíamos estar mais de desacordo. Aliás, a indefinição e indeterminação que existe hoje relativamente ao conteúdo do direito ao silêncio pode dever-se a esta falta de rigor e exatidão na utilização de conceitos que são distintos. O conteúdo do direito ao silêncio não se pode confundir com o conteúdo de outros direitos, neste caso, com o conteúdo do direito à não auto-incriminação que, apesar de ser também um corolário do princípio *nemo tenetur*, não são o mesmo nem abarcam as mesmas realidades. Apesar de o direito ao silêncio ser a vertente do princípio *nemo tenetur* mais tradicionalmente tratada e expressamente consagrada, não deve por isso integrar-se tudo no mesmo conceito. O direito à não auto-incriminação não necessita de um acolhimento legal como o dado ao direito ao silêncio para se fazer valer. Basta o fundamento jurídico-constitucional do princípio *nemo tenetur*. Devemos entender o direito ao silêncio como um direito que apenas “abarca a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados, portanto, nos meios de prova por declarações³⁷. Não podemos concluir de outro modo, até pelo simples argumento da interpretação literal do artigo 61º, nº1, al. d) de que resulta, nitidamente, que o direito ao silêncio permite não responder a perguntas feitas sobre fatos que forem imputados ao arguido e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.

³⁵ MENEZES, Sofia Saraiva de, 2013, pág. 133 e 134.

³⁶ RAMOS, Vânia Costa, 2006, pág. 133.

³⁷ PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 109.

Mas, apesar disso, a doutrina entende que este não é um direito considerado ilimitado. Esta assente quer entre a doutrina³⁸ quer na jurisprudência³⁹ que o direito ao silêncio não é um direito absoluto, podendo ser restringido se respeitadas as exigências do artigo 18º, nº2 da CRP. Há sobre o arguido um dever de resposta com verdade, nos termos do artigo 61º, nº3, al. b), quanto a questões relativas à sua identificação, podendo ser exigido que apresente um documento oficial de identificação, à luz do artigo 342º, nº1 e do artigo 141º, nº3. Caso se recuse a responder ou minta quanto a estes elementos, poderá incorrer em responsabilidade penal, nos termos do artigo 141º, nº3 e 342º, nº2, incorrendo em crime de desobediência ou de falsas declarações, nos termos dos artigos 348º e 359º do Código Penal, respetivamente⁴⁰.

Quanto a nós, entendemos que aqui não está em causa uma restrição do direito ao silêncio do arguido pois, estão em causa perguntas meramente identificativas da pessoa em causa, não tendo qualquer intuito probatório, direto ou indireto. Por isso, o direito ao silêncio permanece sem qualquer exceção. Concluímos que o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur* terá de associa-se ao direito ao silêncio, concedendo liberdade de declaração ao arguido, sendo livre de se recusar a prestar declarações orais sobre a matéria de imputação, sendo este um direito fortemente protegido na lei processual penal, face ao seu regime amplo e pormenorizado. Pois, tratar-se-ia de obrigar o arguido a revelar os seus conhecimentos que não estão exteriorizados sendo que isso atenta contra a sua liberdade e autonomia, afetando o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*.

Relativamente ao direito à não auto-incriminação ou o direito a não facultar meios de prova, distingue-se do direito ao silêncio pela sua dimensão mais abrangente. Enquanto o direito ao silêncio se trata de um direito a não responder a perguntas, o direito à não auto-incriminação é mais abrangente, traduzindo-se⁴¹ no direito a “não cooperar no fornecimento de quaisquer meios de prova para a sua incriminação”, o que inclui a recusa a toda e qualquer colaboração que seja exigida ao arguido contra si próprio, muito para além da recusa em prestar declarações. O arguido tem o dever de colaboração com a justiça, exceto se com isto colaborar para a sua própria incriminação⁴². Tal como evidencia o STJ, o “arguido goza do estatuto de sujeito processual e não pode ser transformado em meio ou

³⁸ Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 44 e PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 111.

³⁹ Ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 07P3227 de 10 de Janeiro de 2008.

⁴⁰ MENEZES, Sofia Saraiva de, 2013, pág. 127.

⁴¹ PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 110.

⁴² RAMOS, Vânia Costa, 2006, pág. 133.

em objeto de prova contra si próprio, motivo pelo qual lhe foi conferido o direito de não contribuir para a sua própria incriminação⁴³”.

Enquanto o direito ao silêncio tem uma tutela absoluta na lei processual penal, o mesmo não se passa com o direito contra a auto-incriminação. No CPP, e não só, estão previstos vários casos em que é exigida uma colaboração ao arguido, muitas vezes imposta coercivamente, para que este contribua para a sua própria auto-incriminação. Exemplo disso, é a cláusula geral do artigo 61º, nº3, al. d) do CPP que consagra uma restrição expressa do direito à não auto-incriminação ao prever a existência de um dever de sujeição do arguido a diligências de prova que estejam especificadas na lei. Portanto, é exigido ao arguido uma sujeição no processo, relativo às diligências de obtenção de prova necessárias para a investigação criminal como sejam o exame, revistas, acareação e reconhecimentos, mesmo que por via de coação. Contudo, esses casos de colaboração do arguido ofendem o direito contra a auto-incriminação, no sentido de obrigarem o arguido, contra a sua vontade, a colaborar, ativa ou passivamente, para a sua incriminação.

Na jurisprudência portuguesa tende a haver alguma discordância sobre qual a extensão deste dever de colaboração do arguido. O Acórdão do STJ de 28 de Maio de 2014⁴⁴ veio responder a um conflito de jurisprudência entre o Tribunal da Relação de Guimarães e o Tribunal da Relação do Porto relativamente à recusa do arguido no cumprimento de uma ordem do Ministério Público para reproduzir autógrafos com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, de modo a investigar a prática de crime de falsificação de documentos. O Acórdão de Fixação não é, de todo, pacífico até porque contém votos de vencido que discordam do entendimento obtido quanto ao artigo 61º, nº3, al. d).

Estava em causa a sujeição do arguido, à luz do artigo 61º, nº3, al. d), a uma recolha de autógrafos, para efeitos de investigação criminal do crime de falsificação de documentos. Evidentemente, esta exigência de colaboração consubstancia uma restrição do direito à não auto-incriminação do visado pois implica que este colabore para a sua eventual incriminação. Implica que assine um documento que, por comparação, pode comprovar a prática do crime de falsificação de documento. Contudo, o artigo em questão determina um dever de sujeição às diligências de prova que estejam “especificadas” na lei.

⁴³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 de 28 de Maio de 2014.

⁴⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 de 28 de Maio de 2014.

Ora, nos termos do artigo 172º do CPP, o arguido pode ser sujeito a exame e caso recuse, pode ser imposto coativamente.

O Acórdão recorrido, do TRG, considerou que a ordem do MP que sujeita o arguido a escrever pela sua mão certas palavras para posterior perícia à letra é legítima, consubstanciando-se num exame previsto no artigo 172º do CPP. Já o Acórdão fundamento, do TRP, considerou essa mesma ordem do MP ilegítima. Considera que a recolha de autógrafos não se trata de diligência de prova “especificada na lei” e por isso não é exigível ao arguido que se sujeite a essa diligência, podendo invocar que se trata de uma restrição do direito contra a auto-incriminação sem previsão legal, violando o princípio da legalidade.

No entanto, o STJ vem considerar que o artigo 61º, nº3, al. d) contém um enunciado geral, remetendo a diligências “especificadas”, “comportando esta palavra um alcance mais amplo, de cláusula geral, abrangente de todas as provas que não são proibidas por lei, ao arrimo do princípio da legalidade da prova”. Os votos de vencido, por seu lado, levantam questões de relevo. Entre outros aspetos, considera-se que apesar de ser admissível a sujeição do arguido à recolha de elementos de prova, essa restrição deve estar “expressamente prevista na lei e cumprindo os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação⁴⁵”.

Estes problemas de fronteira são também apontados ao nível da jurisprudência do TEDH. No Acórdão Funke⁴⁶, estava em causa a recusa de um cidadão na entrega de documentos que poderiam vir a ser usados contra si para fundamentar uma infração penal, por exigência da administração alfandegária francesa. O Tribunal considerou que este seria um caso em que foi afetado o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, pois, estar-se-ia a usar o investigado como “única fonte para a descoberta de possíveis indícios da prática de crime⁴⁷”, contribuindo o próprio para fundamentar a sua responsabilização penal.

Portanto, o problema está em saber o que é ainda uma colaboração exigível e admissível e quando já se torna uma colaboração inexigível. Por isso mesmo, a doutrina e a

⁴⁵ Ver voto de vencida de Helena Moniz no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 de 28 de Maio de 2014.

⁴⁶ Acórdão Funke, de 25 de Fevereiro de 1993.

⁴⁷ MENDES, Paulo de Sousa, “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, 2009, pág. 18 e 19.

jurisprudência têm levantado vários critérios de admissão para aferir quando é que esse dever de colaboração é ou não compatível com o direito à não auto-incriminação.

Um primeiro critério⁴⁸ distingue entre a colaboração ativa e a passiva sendo que quando se trata de uma colaboração ativa, já não se trata de uma colaboração admitida apenas sendo exigíveis os casos que se consubstanciem numa sujeição. A distinção está no tipo de conduta que se exige ao arguido: uma ação que implica uma conduta ativa do arguido ou uma mera sujeição que implica o tolerar passivo do arguido. Perante este critério, não seria legítimo ao arguido recusar-se a um exame legalmente previsto mas, contudo, já poderia o arguido recusar a entrega de documentos ou objetos, a sujeição a um exame de caligrafia ou a sujeição ao teste do balão no âmbito do setor rodoviário, por se consubstanciarem numa conduta ativa do arguido. No entanto, esta dicotomia apresenta um carácter demasiadamente impreciso e desencadeia uma aplicação mecânica que por vezes pode ser desajustada, desconsiderando casos em que a tolerância passiva também implica uma violação do direito à não auto-incriminação. Além disso, a lei processual penal contém casos em que se exige não só uma colaboração ativa como passiva, como acontece com o reconhecimento que embora pareça tratar-se de um caso de passividade do arguido, este pode ser obrigado a realizar movimentos ou ações que se materializam numa colaboração ativa. Por isso mesmo, este critério merece ser desconsiderado face ao seu carácter simplista⁴⁹.

A mesma desconsideração deve ser feita em relação ao critério lançado que distingue entre a colaboração que se fundamenta na dependência ou independência da vontade do arguido⁵⁰. Seria admitido, apenas, as contribuições do arguido que sejam independentes da sua vontade, mesmo que obtidos coercivamente, como sejam documentos apreendidos mas também qualquer intervenção sobre o seu corpo. Também foi, contudo, recusado por ser bastante limitativo ao ponto de ser apenas dependente da vontade do arguido as suas declarações, sendo tudo o resto exigível à luz deste critério.

Quanto a nós, entendemos que não se tratando de um direito absoluto, pois isso seria inviabilizar a investigação criminal, admite restrições. Essas restrições exigem, para que

⁴⁸ Enunciado por PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 96 e 97, onde refere que este critério tem influência alemã, citando vários autores que tratam deste critério. Ver nota de rodapé nº 7.

⁴⁹ Nesse sentido, *Idem*, pág. 99.

⁵⁰ Este critério é referido por RAMOS, Vânia Costa, “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, 2007, pág. 77 a 79, referindo que este critério tem origem na jurisprudência do TEDH, nomeadamente, no Acórdão Saunders, de 17 de Dezembro de 1996.

sejam admissíveis, que as mesmas estejam previstas em lei prévia e expressa e que obedeçam ao princípio da proporcionalidade e da necessidade com base no artigo 18º, nº 2 da CRP⁵¹. Assim, o arguido tem, à luz do artigo 61º, nº3, al. d), o dever de sujeição ao reconhecimento mesmo que imposto coativamente. Trata-se por isso de uma exceção ao direito à não auto-incriminação, pois a pessoa do arguido será usada como meio de prova. Contudo, é restrição legítima pois contém lei expressa, no artigo 147º, onde se estabelece um regime bastante detalhado relativamente ao modo como essa diligência tem de efetivar-se. Ainda assim, o reconhecimento forçado tem como limite a presença física no ato de reconhecimento, sendo já ofensivo do princípio da proporcionalidade obrigar o arguido a assumir dada postura, por via de agressões, pois, estas “medidas de compulsão” não estão numa “relação de adequada proporção com o reduzido valor probatório da identificação positiva feita desta forma”⁵². Mesmo que assim não seja, resta sempre o limite do artigo 126º do CPP que prevê os métodos proibidos de prova. Mesmo que prevista em lei expressa uma diligência de prova a que o arguido se deva sujeitar, este pode sempre legitimamente recusar a sua colaboração se em causa estiver uma ofensa à sua integridade física ou moral.

3. Limite à colaboração exigível ao arguido

Concluimos que o direito à não auto-incriminação não se trata de um direito absoluto antes, é possível de ser restringido, tal como defende a doutrina e jurisprudência⁵³. Tendo o princípio *nemo tenetur* uma fonte jurídico-constitucional nas garantias processuais, a sua compressão é facilitada caso assim não fosse. Principalmente, o seu corolário do direito à não auto-incriminação. Contudo, o seu núcleo essencial nunca poderá ser alvo de compressões. Esse núcleo essencial remonta, antes de mais, a todo e qualquer contributo declaratório do arguido, seja direto ou indireto. Este é sem dúvida o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur* pois, é o modo que mais atenta contra o mesmo por instrumentalizar o arguido para a descoberta da verdade e por ofender a sua autonomia e liberdade. Abarca ainda, qualquer exigência de colaboração de modo a obter conhecimentos da pessoa não voluntariamente exteriorizados, por isso corresponder a uma

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 45.

⁵² Este exemplo é dado por SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo. Considerações em torno do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”*, 2018, pág. 673 a 676, onde refere o processo chamado “*Lorenz-Drenkmann-Prozess*” que decorreu em Berlim e onde se recorreu aos reconhecimentos forçados.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 44 e 45 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 de 28 de Maio de 2014.

intromissão não permitida na esfera de conhecimento do arguido. Esse limite permitirá saber quando é que ainda se está dentro do âmbito de uma diligência de prova admissível, mesmo que coativamente imposta, e quando é que a mesma já afeta o campo da “inadmissível auto-incriminação coerciva”⁵⁴.

À medida que se afasta deste núcleo essencial, é possível já restringir o conteúdo do princípio tal como acontece com os direitos fundamentais, por autorização da CRP, se estiverem previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade e se obedecerem ao princípio da proporcionalidade e da necessidade o que é averiguado perante o caso concreto⁵⁵. Por isso mesmo, entendemos que não pende sobre o arguido um dever genérico de colaboração, sendo a colaboração a exceção e o princípio *nemo tenetur* a regra. Os casos de colaboração processual do arguido são excepcionais, sendo apenas os casos que se encontrem previstos em lei prévia e expressa. Concordamos com a “tipicidade dos casos de colaboração do arguido”, sendo que desde que se respeite o artigo 18º, nº2 da CRP, pode vir uma nova lei sujeitar o arguido a outros casos de colaboração, sendo necessário apenas que haja “lei expressa que exija a colaboração, e esta seja necessária, adequada e proporcional em sentido estrito”⁵⁶.

⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, 2006, pág. 127.

⁵⁵ Ver entendimento de DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 45.

⁵⁶ PINTO, Lara Sofia, 2013, pág. 111.

Capítulo II - Aplicação e contornos do Princípio *Nemo Tenetur* e seus corolários ao ente coletivo

1. Enquadramento sobre o processo penal do ente coletivo

Entre nós, até 2007, vigorava um princípio que se poderia traduzir em “*societas delinquere non potest*” que assenta na ideia da “insusceptibilidade de as pessoas coletivas poderem ser eticamente responsáveis” logo, não lhes poderia ser imputado um crime⁵⁷. Por isso mesmo, a redação do artigo 11º do CP anterior à Reforma Penal de 2007 previa, como epígrafe, o carácter pessoal da responsabilidade, determinado que “só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal” salvo disposições em contrário, como haviam, no âmbito do direito penal secundário, em legislação avulsa essencialmente no âmbito do Direito Penal Económico e Tributário, excepcionando esse princípio. Vigorava, portanto, um princípio da responsabilidade pessoal sendo excecional a responsabilização criminal do ente coletivo.

A Reforma Penal de 2007 permitiu introduzir verdadeiramente a responsabilidade penal do ente coletivo no Direito Penal de Justiça, afastando a excecionalidade que a mesma revestia até lá, permitindo que os entes coletivos sejam responsabilizados por um leque exponencial de crimes, sendo este o panorama vigente a nível europeu⁵⁸. Previu assim um leque de tipos de crimes que podem ser também cometidos pelo ente coletivo o que, por si só, afasta o carácter de excecionalidade antes vigente. Nos termos do atual artigo 11º, nº2 CP, imputa-se ao ente coletivo as ações e omissões de quem ocupe uma “posição de liderança” no ente coletivo, desde que “em seu nome e no interesse coletivo” (alínea a), ou os factos praticados “por quem aja sob autoridade” das pessoas singulares que ocupam uma “posição de liderança”, em consequência da “violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem” (alínea b).

Relativamente ao domínio processual penal, que aqui nos importa, como a doutrina faz notar⁵⁹, trata-se de reforma que não foi prosseguida em termos processuais, não prevendo o CPP soluções de adaptabilidade para o ente coletivo, mostrando uma grande incapacidade

⁵⁷ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, 2009, pág.114.

⁵⁸ Também a nível europeu é prevista a responsabilidade penal dos entes coletivos, com extensão e condições de imputação distintas entre os mesmos mas sem que se constate posições intransponíveis. Nesse sentido, BACIGALUPO, Enrique, “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho europeo”, 2005, pág. 61 a 79.

⁵⁹ TEIXEIRA, Carlos Adérito, “A pessoa coletiva como sujeito processual ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal”, 2008, pág. 99 a 104.

em acompanhar os fenômenos de criminalidade recentes. Como sugere Jorge dos Reis Bravo⁶⁰, o processo penal português sempre esteve e está pensado exclusivamente para a pessoa singular, vigorando uma “matriz estrutural essencialmente antropocêntrica” que se mostra incompatível com a natureza e condicionamentos associados ao ente coletivo. Obriga os intérpretes e aplicadores do direito a um esforço de adaptabilidade das soluções processuais penais aos entes coletivos, distinguindo as normas que são insuscetíveis de aplicação ao ente coletivo das normas que, apesar de pensadas e delineadas para o indivíduo, podem ser adaptadas ao ente coletivo.

O que, entre nós, tem vigorado como solução é recorrer ao artigo 4º do CPP, aplicando “as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal” ou, na sua falta, “os princípios gerais do processo penal”. Mas, é necessário incorporar mais amplamente o ente coletivo no processo penal face ao que existe hoje. O ente coletivo consubstancia-se num verdadeiro centro de imputação a nível substantivo, estando previstos novos e complexos ilícitos criminais que se adaptaram a esta nova realidade que é o ente coletivo e ao seu peso atual na sociedade. Dispõem de uma estrutura de poder, com grande complexidade e com grande potencialidade de lesão de bens jurídicos⁶¹. Além disso, nem sempre a aplicação supletiva dos institutos do processo civil é adequada à responsabilização penal do ente coletivo. Também razões de política criminal refletem esta urgência. A responsabilização, apenas, da pessoa física que age funcionalmente ligado ao ente coletivo, não é suficiente para concretizar os fins prosseguidos pelo direito penal, nomeadamente, a prevenção geral positiva e negativa, levando a que essas pessoas físicas, que estão integradas no ente coletivo, atuem e se encubram por detrás da entidade coletiva, fazendo-se substituir por “testas de ferro ou homens de palha”⁶². Por isso, é urgente que a lei processual penal acompanhe a intenção da lei penal em admitir a responsabilidade penal do ente coletivo, criando soluções específicas e adotando um modelo processual mais adequado à realidade da responsabilização penal de entes coletivos. O modelo antropocêntrico é desadequado aos dias de hoje e à realidade existente, causando estranheza não estarem previstas soluções processuais penas específicas que atendam à natureza do ente coletivo.

⁶⁰ BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal de Entes Coletivo: Ensaio sobre a punibilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas*, 2008, pág. 292.

⁶¹ TEIXEIRA, Carlos Adérito, 2008, pág. 100 a 104.

⁶² Nesse sentido, SILVA, Germano Marques da, 2009, pág. 100 a 104.

De clarificar que referir o conceito de ente coletivo é propositado pois, nos termos do artigo 11º, nº2 do CP, são responsáveis pelos crimes elencados as “pessoas coletivas e entidades equiparadas” sendo que, à luz do nº5, entende-se por entidades equiparadas às pessoas coletivas as sociedades civis e as associações de facto. Assim, prefere-se o termo “ente coletivo” por ser mais abrangente e englobar o que a lei penal pretendeu com a redação do artigo 11º. O legislador, ao pormenorizar no nº5 o que entende por entidade equiparada foi prudente pois, desse modo evitou entendimentos díspares sobre a amplitude da norma. Excluiu, ainda, do âmbito dessa responsabilização penal, no nº2, o Estado, as pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e as organizações de direito internacional público. Como ponto de partida, contudo, importa entender qual o conceito de pessoas coletiva para o direito penal. Entendemos que se trata de incorporar o conceito civilístico de pessoas coletiva. Assim sendo, entende-se como pessoas coletivas as “organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial, tendo em vista a prossecução de um interesse comum determinado”, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito, isto é, reconhece como centros autónomos de relações jurídicas⁶³. Essa organização funcionará mediante a atividade de pessoas singulares, que serão titulares dos seus órgãos ou representantes. É-lhes atribuída personalidade jurídica, enquanto aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas, independentemente dos seus membros, podendo auto-determinar o modo como prossegue os seus interesses⁶⁴. É por isso qualificada como verdadeiro sujeito jurídico. Assim, o conceito jurídico-penal de ente coletivo parte do conceito civilístico, sendo um centro autónomo de imputação de relações jurídicas a que o ordenamento jurídico atribui personalidade jurídica. A esta noção, acrescentam-se as sociedades civis e associações de facto que, por força do artigo 11º, nº2 do CP, são consideradas “entidades equiparadas” à pessoa coletiva, para efeitos penais. Apesar de não serem dotadas de personalidade jurídica, devem ser também sujeitas a responsabilidade penal pois, também elas “exercem funções sociais materialmente equiparadas e atuam na vida jurídica em posições análogas”⁶⁵.

Dentro do leque de pessoas coletivas previstas na lei, a sociedade comercial é a que tem maior relevo face ao tipo de organização e à complexidade das suas estruturas. A

⁶³ Definição dada por ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I *Sujeitos e Objeto*, 1997, pág. 45 e 46.

⁶⁴ Mais desenvolvimentos sobre a personalidade jurídica dos entes coletivos, BRAVO, Jorge dos Reis, 2008, pág. 48 a 52.

⁶⁵ SILVA, Germano Marques da, 2009, pág. 203.

atividade económica empresarial é complexa e caracterizada por uma “grande dispersão do capital” e pela “forte hierarquia e divisão do trabalho como instrumento de eficácia da sua ação”⁶⁶, motivo pelo qual devem cada vez mais estar sujeitas a regulação pelo Estado e sobre elas dever recair os fins do direito penal, de prevenção geral: quer negativa, intimidando os agentes com eventuais consequências jurídicas, quer positiva, prevenindo a prática de infrações e fomentando uma cultura de respeito pelas regras⁶⁷. Isto é de grande relevo quando em causa estejam sociedades comerciais com grande dimensão e incidência na sociedade pois, a instauração de um processo criminal pode acarretar imensas consequências para a sua reputação e bom nome, acarretando “efeitos de prevenção e censura muitas vezes superiores aos das sanções aplicadas” face aos desvalores que um processo criminal pode trazer⁶⁸.

2. O ente coletivo como sujeito jurídico e a titularidade de direitos fundamentais

Podendo ter personalidade jurídica, podem também ser titulares de direitos fundamentais. O fundamento e o limite da titularidade de direitos fundamentais pelo ente coletivo é sempre a CRP que, no seu artigo 12º determina que as pessoas coletivas (e neste caso, também as entidades equiparadas) “gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Trata-se do princípio da universalidade que não exclui as pessoas coletivas, reconhecendo-lhes capacidade de gozo de direitos e sujeição a deveres. Esta capacidade de ser titular direitos fundamentais das pessoas coletivas é mais extensa do que a capacidade jurídica geral civilística⁶⁹, garantindo-se por isso a compatibilidade do artigo 11º, nº2 CP com o artigo 12º da CRP, podendo englobar também as associações de facto e as sociedades civis, mesmo que sem personalidade jurídica. Portanto, um imperativo constitucional que implica que sejam concedidos ao ente coletivo todos os direitos e deveres, exceto os que não se compatibilizem com a sua natureza o que, necessariamente, também depende do tipo de pessoa coletiva em causa e do seu substrato, pessoal ou patrimonial.

⁶⁶ *Idem*, pág. 116.

⁶⁷ Sobre os fins do direito penal, ver SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol.I*, 2001, pág. 43 a 49.

⁶⁸ Ver SILVA, Germano Marques da, 2009, pág. 118, nota de rodapé nº 32.

⁶⁹ Tal como referem CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 2007, pág. 329.

José Gomes Canotilho⁷⁰ lança como critério para a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, por um lado, a essência do direito fundamental concreto e, por outro, a essência da pessoa coletiva em causa. Assim, os direitos fundamentais com um intrínseco referente humano não podem ser extensivos a pessoas coletivas pois contêm um conteúdo intrinsecamente pessoal, ligado ao seu corpo e à sua individualidade. Quanto ao critério da pessoa coletiva em causa, depende da sua natureza e do substrato, pessoal ou patrimonial, em causa. Assim se exclui a titularidade pelos entes coletivos do direito à vida (24ºCRP), integridade pessoal (25º CRP) e a liberdade de consciência (41º CRP).

Ponto assente é que ao ente coletivo é possível a titularidade de direitos fundamentais. Mas, aferir especificamente quais as garantias de defesa de que o ente coletivo pode ser titular mostra-se tarefa mais árdua. Ainda assim, essencial para aquilo que nos propomos concluir, relativamente à aplicação do princípio *nemo tenetur* ao ente coletivo e sua amplitude. José Gomes Canotilho e Vital Moreira, quanto ao artigo 32º da CRP e ao âmbito subjetivo das garantias do processo penal, referem que apesar de “serem direitos eminentemente pessoais, pode, porém, fazer sentido estendê-los às pessoas coletivas, na medida em que também elas podem ser responsáveis criminalmente, o que não quer dizer que as garantias valham exatamente nos mesmos termos”⁷¹. A jurisprudência do TC parece ir no mesmo sentido. No Acórdão nº 360/2012, o TC defende a aplicação dos dois critérios vistos: ser ou não compatível com a natureza da pessoa coletiva depende da natureza da pessoa coletiva e da natureza de cada um dos direitos fundamentais. Afirmar ainda que, mesmo que um direito fundamental se afirme como compatível com a natureza da pessoa coletiva, “daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exatamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares”⁷². No Acórdão nº 656/97, o TC refere que a pessoa coletiva goza da presunção de inocência e considera que “o facto de a pessoa coletiva não poder ser sancionada com pena de prisão detentiva não afasta a titularidade constitucional do seu direito à presunção de inocência ou do seu direito a um julgamento

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, pág. 420 a 422.

⁷¹ Ver CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, 2007, pág. 526.

⁷² Ver Acórdão do Tribunal Constitucional nº 90/12 de 05 de Julho de 2012.

por um tribunal imparcial”⁷³. No entanto, nada refere sobre a amplitude desse direito, apenas afirmando a sua compatibilidade.

A nível de direito europeu não se apresentam grandes desenvolvimentos quanto à aplicação das garantias processuais ao ente coletivo no processo penal. Sinónimo disso mesmo é a diretiva 2016/343/ UE⁷⁴ que, entre outros aspetos, trata do reforço de certos aspetos da presunção de inocência, garantindo a presunção de inocência, garantindo o *in dubio pró réu* e o direito ao silêncio e a não auto-incriminação do arguido. No entanto, o seu âmbito de aplicação subjetivo não inclui o ente coletivo pois, entendeu-se que “na situação atual seria prematuro legislar a nível da União sobre a presunção de inocência das pessoas coletivas” decidindo-se que este direito deverá ser assegurado “pelas garantias legislativas em vigor e pela jurisprudência atual”⁷⁵. Mesmo ao nível de jurisprudência do TJUE, decisões sobre a matéria são escassas, apenas havendo decisões no âmbito de processos sancionatórios, nomeadamente, em casos de direito europeu da concorrência⁷⁶.

Entendemos que o artigo 32º da CRP que prevê as garantias processuais penais deve ser aplicado ao ente coletivo. Em especial, o princípio *nemo tenetur*, tendo o seu fundamento jurídico-constitucional nas garantias de defesa previstas, entre outros, no artigo 32º, o mesmo deve ser aplicado ao ente coletivo. Tendo o ente coletivo o direito de defesa, não entendemos o porquê de não lhe ser aplicado o direito ao silêncio e o direito a não auto-incriminação. Se defendêssemos, antes, a justificação substancialista, que tem como referente a dignidade da pessoa humana, então poderíamos excluir uma qualquer aplicação ao ente coletivo por lhe faltar o referente humano. No entanto, não é isso que concluímos até aqui.

De certo modo, a atribuição de personalidade jurídica à pessoa coletiva redundaria numa ficção, sendo que, apenas no caso das pessoas singulares, é possível demonstrar o referente humano que está por detrás da sua atribuição, a dimensão ética da pessoa humana. No entanto, também no caso de entes coletivos há um interesse coletivo, comum a um conjunto de pessoas que prosseguem uma mesma finalidade e que deve também ser salvaguardado. A atribuição de personalidade jurídica ao ente coletivo não deve ser desvalorizada e vazia de conteúdo antes, trata-se de uma opção legal que acarreta

⁷³ Ver Acórdão do Tribunal Constitucional nº 126/97 de 04 de Novembro de 1997.

⁷⁴ Consultar a Diretiva (U.E) nº 2016/343 de 9 de Março de 2016.

⁷⁵ Ver o comentário à Diretiva 2016/343/U.E realizada pelo Fórum Penal – Associação de Advogados Penalistas (disponível em www.forumpenal.pt).

⁷⁶ Para mais desenvolvimentos, MENDES, Paulo de Sousa, 2009, pág. 11 a 28.

consequências jurídicas. O ente coletivo, por opção legal, é um sujeito jurídico, dotado de direitos e deveres, sendo suscetível de responsabilização penal. Assim, também deve recair sobre o mesmo todos os princípios constitucionais que visem a salvaguarda do arguido. A posição de arguido num processo penal acarreta um estatuto com direitos e deveres que também lhes devem ser aplicáveis, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência e os direitos de defesa do arguido.

Não pode servir de fundamento para uma aplicação menos intensa das garantias de defesa do arguido ao ente coletivo o facto de as sanções aplicáveis ao ente coletivo serem de intensidade menor por não incluírem a pena privativa de liberdade. As penas principais de multa e dissolução, previstas no artigo 90ºA do CP, juntamente com as penas acessórias, revelam grande danosidade para o ente coletivo, carecendo também de todas as garantias processuais penais. Contudo, também o sistema sancionatório não está adequado à responsabilização do ente coletivo, contendo várias incongruências⁷⁷.

Não prossegue, também, o argumento de que, no caso do arguido ente coletivo, estão em causa entidades cada vez mais complexas e profissionais que dificultam a investigação criminal e a atividade probatória, como sejam as sociedades comerciais. Essa constatação levaria, em grande parte dos casos, a imprecisões pois, nem todas as sociedades se assumem como influentes e determinantes. Grande parte das sociedades comerciais são de pequena dimensão sem sequer referir que a lei penal inclui também entidades equiparadas que nem sequer personalidade jurídica possuem. Além disso, hoje em dia, a maioria dos entes coletivos estão sujeitos a forte regulação e supervisão, a um forte controlo por parte das autoridades reguladoras, estando cada vez mais expostos face às obrigações legais de prestação de contas e à transparência a que estão obrigados. Mostra-se necessário, por isso, que a par deste superior controlo, fossem também asseguradas mais intensas garantias de defesa, sendo aconselhável que se opte por promover um reforço das garantias processuais sob pena de se ignorar a estrutura acusatória do processo penal.

Como tal, o princípio *nemo tenetur* e os seus corolários do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação são aplicáveis ao ente coletivo. Contudo, concordamos também que essa aplicação, por vezes, pode não ser tão ampla como quando se trata de um

⁷⁷ Ver BRAVO, Jorge dos Reis, 2008, pág.213 a 218, onde levanta várias incongruências e ausência de regulamentação relativamente ao sistema sancionatório aplicado ao ente coletivo.

indivíduo, não havendo uma equiparação total de circunstâncias, principalmente quando em causa esteja o direito contra a auto-incriminação. Assim, o sentido que o princípio *nemo tenetur* terá quando em causa esteja um arguido ente coletivo dependerá de aferir do conteúdo específico dos seus corolários nesses casos, de modo a atendermos às suas especificidades.

3. Compatibilidade do direito ao silêncio com o ente coletivo: a sua qualidade de sujeito processual e o exercício do direito ao silêncio

3.1.O ente coletivo como arguido

Resulta da lei processual penal que o direito ao silêncio pressupõe a constituição do sujeito como arguido, tal como a sua inserção sistemática determina. Trata-se de uma prerrogativa adjacente ao estatuto de arguido, sendo comum quer ao sujeito individual quer ao ente coletivo. É essencial determinar qual o momento em que o sujeito pode e deve ser constituído como arguido, momento em que passa a poder exercer e prerrogativas do artigo 61º, gozando da posição processual descrita no artigo 60º.

O arguido é um sujeito processual contra quem foi deduzida uma acusação ou requerida instrução num processo penal⁷⁸. A sua constituição vem prevista no artigo 58º, sendo obrigatória em quatro situações previstas no nº1 desse mesmo artigo e que são identificadas por Paulo Pinto de Albuquerque⁷⁹: quando ocorra uma prestação de declarações por pessoa perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal em inquérito contra ele dirigido, quando contra essa pessoa haja fundada suspeita da prática de crime; quando se pretenda aplicar uma medida de coação ou de garantia patrimonial; quando ocorra a detenção de suspeito; quando se proceda ao levantamento de auto de notícia contra suspeito e comunicação do auto ao suspeito, salvo se a notícia for manifestamente infundada. Todas estas situações são aplicáveis à constituição como arguido do ente coletivo exceto o caso da alínea c) do artigo 58º, nº1, por ser facticamente impossível tendo em conta o carácter incorpóreo do ente coletivo que não permite a sua detenção. Nas demais situações, o ente coletivo-arguido será assegurado no processo pelo seu representante legal, que será informado de todos os direitos e deveres do arguido ente coletivo. Por sua vez, o artigo 59º, nº 1 e 2, prevê outras duas situações em que deve ser

⁷⁸ Artigo 57º, nº1 do CPP

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, pág. 173 a 178.

constituído arguido: por iniciativa da autoridade que preside ao ato, quando haja fundada suspeita de crime que surja durante inquirição de uma pessoa; por iniciativa do próprio suspeito quando haja uma suspeita dirigida contra o mesmo, durante diligências destinadas a comprovar a imputação de um crime. Também estas situações são aplicáveis em toda a sua amplitude ao ente coletivo: o dever de a entidade que procede ao ato suspendê-lo se surgir fundada suspeita de crime cometido pelo ente coletivo e o direito a ser constituído arguido, a seu pedido, sempre que considere que esta a ser alvo de diligências que o afetem.

Entendemos que quando esteja em causa um ente coletivo, o pedido de constituição como arguido deve partir de uma decisão do ente coletivo como um todo, isto é, deve exprimir a vontade coletiva e não apenas daquele que seja, naquele momento, o representante do ente coletivo. Por isso mesmo, acompanhamos o entendimento de Inês Fernandes Godinho quando considera que as autoridades judiciais, aquando esse pedido, devem verificar se essa intenção corresponde realmente à vontade do ente coletivo⁸⁰. Mas, indo mais além, essa confirmação apenas pode ser garantida por via de uma deliberação dos órgãos sociais que reflita essa vontade. Parece-nos que esse seria um formalismo a exigir, para salvaguarda de que a constituição como arguida é imputada ao ente coletivo.

Estas situações contempladas na lei processual, têm como subjacente a “ideia fundamental de conferir possibilidade de defesa à pessoa colocada em situação de suspeita, quer pelas suas próprias declarações, quer por outras diligências destinadas a confirmar as suspeitas existentes⁸¹”. Pode por isso uma pessoa, singular ou coletiva, sujeita a uma qualquer diligência que vise comprovar a imputação da prática de um crime, requerer que seja constituída arguida de modo a beneficiar dos direitos possuídos pelo arguido, especialmente, do direito ao silêncio. Mas, entendemos que este não pode ser um ato discricionário de ambas as partes, isto é, tanto a pessoa que não é arguida tem de ter fundamentos para requerer a sua constituição como arguida, à luz dos motivos do artigo 59º, nº2, bem como as autoridades judiciais ou os OPC. O ato de constituição de arguido deve mostrar-se necessário e adequado face aos critérios da lei⁸².

⁸⁰ Ver GODINHO, Inês Fernandes, *Pessoas Coletivas e Processo Penal: alguns apontamentos de uma tentativa impossível*, 2007/2008, pág. 60 a 61.

⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 56/06.2TELSB-B.L1-9 de 15 de Abril de 2010.

⁸² Esta é uma ressalva feita pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 56/06.2TELSB-B.L1-9 de 15 de Abril de 2010, que se fundamenta no Parecer do C.C. da Procuradoria-Geral da República de 14.11.1996.

Relativamente ao âmbito subjetivo do direito ao silêncio, há alguma discordância sobre quais os sujeitos processuais que podem gozar do mesmo, além do próprio arguido. Tende-se a discutir também a sua aplicabilidade a outros intervenientes processuais: a testemunha e o suspeito. Quanto à testemunha, trata-se de interveniente processual que também detém um estatuto com direitos e deveres, nos termos do artigo 132º do CPP. Ao contrário do arguido, a testemunha presta juramento nos termos do artigo 132º, nº1, al. b) e tem um dever de responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas, exceto se disso resultar a sua responsabilização penal, constituindo isto um verdadeiro privilégio contra a auto-incriminação, nos termos do artigo 132º, nº2. No entanto, do regime exposto não resulta qualquer dever de advertência por parte das autoridades competentes junto da testemunha. Assim, cabe à testemunha remeter-se ao silêncio quando perceba que da sua resposta pode resultar responsabilidade penal. Têm também um direito de recusa de depoimento quando tal colocar em causa relações familiares e afins que a testemunha tenha para com o arguido e um regime de impedimentos em função da relação que a testemunha pode ter com o processo, nos termos do artigo 134º e 133º respetivamente.

Já o suspeito, nos termos do artigo 1º, al. e) do CPP, é “toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”. São distintas qualidades que estão em causa: o suspeito e o arguido. Paulo Pinto de Albuquerque⁸³ entende que contra ambos, à partida, deve existir uma suspeita fundada da prática de um crime, distinguindo-se apenas formalmente, pois um foi já reconhecido como tal enquanto o outro ainda não. Defende que o suspeito é também um verdadeiro sujeito processual pois, dispõe de alguns direitos como sejam o direito à constituição como arguido e o direito à não utilização das suas declarações como prova, nos termos do artigo 58º, nº5, caso venha a ser constituído tardiamente como arguido. Tem também direito ao silêncio recorrendo ao argumento da maioria de razão do artigo 132º, nº2 que consagra o privilégio contra a auto-incriminação titulado pela testemunha. O princípio *nemo tenetur* aplica-se, assim, também ao suspeito se este for forçado a declarar contra si próprio.

Por outro lado, há doutrina⁸⁴ que defende que o suspeito não é um sujeito processual, não sendo titular de direitos nem estando sujeito a deveres processuais. Isto porque defende-se uma maior distinção entre o suspeito e o arguido, que não meramente

⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2008, pág. 172 a 173.

⁸⁴ SILVA, Germano Marques da, 2008, pág. 285 a 287.

formal. Arguido é a “pessoa que é formalmente constituída como sujeito processual e relativamente a quem corre processo o como eventual responsável pelo crime que constitui objeto do processo”⁸⁵, portanto, trata-se de algo mais do que um mero indício de que cometeu ou que se prepara para cometer um crime, que é o suficiente para que alguém seja considerado suspeito. Uma distinção material portanto, e não meramente formal.

Quanto a nós, parece-nos relevante distinguir dois momentos. Após a notícia do crime, o MP dá início à atividade de investigação criminal, não havendo ainda um inquérito, sendo que esses atos de investigação são dirigidos contra desconhecidos, apenas estando em causa o cidadão ou suspeito⁸⁶. Este, se inquirido, não emite declarações em sentido processual mas antes, trata-se de uma “recolha informal de indícios” que não tem qualquer destinatário específico, tratando-se apenas de medidas cautelares e de polícia consagradas no CPP nos artigos 249º e seguintes⁸⁷. Portanto, a titularidade do direito ao silêncio não se coloca pois ainda não foram constituídos sujeitos processuais. Não há ainda arguidos, mas apenas cidadãos, suspeitos ou não, que são encarados como testemunhas que serão inquiridos sobre os factos de que tenham conhecimento. No entanto, havendo inquérito, já se pode legitimamente invocar o direito ao silêncio, mas apenas pelo suspeito que foi constituído arguido. Isto porque, nos termos do CPP, não está definido um estatuto processual do suspeito. No momento em que o suspeito entenda que está a ser sujeito a diligências que o afetem pessoalmente tem direito a ser constituído arguido sob pena de, não o sendo, as declarações que prestou enquanto suspeito não serão utilizadas como prova, nos termos do artigo 59º, nº2 e 58º, nº5. Por isso mesmo, não se trata de uma desproteção da posição do suspeito pois aplica-se a proibição de prova quanto a essas declarações que é a sanção mais gravosa. E mais: quando estiver a ser inquirido, o suspeito é encarado como uma testemunha beneficiando do estatuto da testemunha, como seja o direito a não responder a perguntas que levem à sua responsabilização penal.

A jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa parece também seguir este entendimento ao referir que tendo em conta o ordenamento português, e caso não se verifique fundamento para a constituição como arguido, “parece-nos indubitável que o simples cidadão ou cidadão suspeito não goza do direito ao silêncio e, como tal, a prova produzida pelas suas declarações, melhor, depoimento, é válido”, assumindo a posição de

⁸⁵ *Idem*, pág. 285 a 287.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, pág. 424 a 427.

⁸⁷ Neste sentido, ver o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 06P4593) de 15 de Fevereiro de 2007.

testemunha⁸⁸. Esta parece ser a solução que a lei processual penal prevê, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como o francês⁸⁹, onde se prevê um sujeito processual distinto do arguido e da testemunha, sendo-lhe reconhecidos direitos análogos aos do arguido como sejam a desnecessidade de prestar juramento, o direito a constituir advogado e o direito ao silêncio. Entre nós, não é assim: apenas dispomos da alternativa entre o estatuto de arguido e o estatuto da testemunha. No entanto, também o TRL ressalva que apesar de não ter um estatuto definido, o suspeito não pode ser encarado como um objeto, recusando a tese de que o suspeito não tem quaisquer direitos em processo penal. Dispõe sim, do direito constitucional de defesa que deve poder ser exercido mesmo antes da constituição como arguido⁹⁰. Nesse sentido, também José Lobo Moutinho que defende que a Constituição reconhece as garantias de defesa a todos os que careçam dessas garantias e não apenas ao arguido. Contesta por isso que o suspeito possa ser ouvido como testemunha pois, o imputado ou suspeito tem inegavelmente o direito ao silêncio⁹¹.

Quanto a nós, parece uma argumentação desnecessária pois: o suspeito, não constituído arguido, que não considerar estar a ser sujeito a diligências que visem a sua incriminação, irá depor como testemunha; caso seja obrigado a responder a perguntas que o incriminem e entenda que está a ser sujeito a diligências que visem comprovar a sua responsabilização penal, então beneficiará do estatuto de testemunha, podendo invocar o privilégio contra a auto-incriminação e requerer depois a sua constituição como arguido, momento em que beneficiária de todos os direitos subjacentes a esse estatuto, desde logo, do amplo direito ao silêncio.

3.2.Representação do ente coletivo no processo penal

Quando se esteja perante um arguido ente coletivo, o exercício de direitos não é tão linear como quando seja uma pessoa singular carecendo de uma adaptação de normas para se compatibilizarem com a natureza do ente em causa. O motivo é desde logo a predominância de um processo penal antropocêntrico que determina que tenha de ocorrer uma adaptação das normas processuais penais ao ente coletivo, pelo facto de o mesmo não

⁸⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 320/14.7GCMTJ.L1-9 de 22 de Junho de 2017.

⁸⁹ Denominado por “témoin assiste” (que traduzido remete a “testemunha assistida”) nos termos do artigo 113º do Código de Processo Penal Francês, como se refere no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 320/14.7GCMTJ.L1-9 de 22 de Junho de 2017. Trata-se de uma figura intermédia entre o arguido e a testemunha, tendo um estatuto que lhe concede alguns direitos comuns com os do arguido. A distinção está no tipo de intensidade das evidências quanto à prática do crime.

⁹⁰ Ver Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 208/13.9TELSB-B.L1-9 de 24 de Setembro de 2015.

⁹¹ MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, 2000, pág. 143 a 190.

conseguir intervir no plano fáctico sem ser por intermédio de pessoas físicas que agem em seu nome e no seu interesse⁹². Desde logo, do artigo 140º, nº2 e 138º, nº1 do CPP se retira o carácter eminentemente pessoal das declarações prestadas pelos sujeitos processuais e, em especial, das declarações do arguido, sendo um “ato pessoal que não pode, em caso algum, ser feito por intermédio de procurador”⁹³. Precisa, portanto, de um intermediário, pessoa física, sendo que esse sim irá efetivamente exercer o direito ao silêncio em nome e no interesse da pessoa coletiva.

Contudo, a lei processual penal é vazia quanto a determinar como é que o ente coletivo é assegurado em juízo fase à falta da sua componente física e pessoal. Por isso mesmo, a doutrina é unânime⁹⁴ em recorrer ao Código Processo Civil, por via do artigo 4º do CPP que permite a aplicação subsidiária das regras do processo civil. Aplicando-se, assim, o artigo 25º e 26º do CPC resulta que o ente coletivo deve ser assegurado em juízo, portanto, pelo seu representante que será aquele que esteja determinado na lei, pacto social ou estatutos. No caso de entidades sem personalidade jurídica, a representação é feita pelos seus diretores, gerentes ou administradores. Assim, quando esteja em causa uma sociedade comercial, valem as regras específicas relativas aos órgãos de representação de cada espécie de sociedade que constam do Código das Sociedades Comerciais⁹⁵. Mas, em causa pode estar uma representação plural pelo facto de a representação ser assegurada por um órgão plural com mais do que um membro. Consideramos, no entanto, que apenas deve existir no processo um único representante legal sob pena de se gerar complexidades acrescidas que paralise a tramitação processual. Deve caber ao ente coletivo eleger o único representante legal que irá assumir a sua representação no processo⁹⁶. Portanto, quem será o representante legal do ente coletivo no processo passa por soluções que são alcançadas noutros ramos jurídicos que não na lei processual penal. O que reflete a

⁹² Nesse sentido, BRAVO, Jorge dos Reis, 2008, pág. 291 a 297.

⁹³ Conclusão retirada de *Idem*, pág. 313 a 316.

⁹⁴ Nesse sentido, GODINHO, Inês Fernandes, 2007/2008, pág. 56 a 59; BRAVO, Jorge dos Reis, 2008, pág. 319 a 320; TEIXEIRA, Carlos Adérito, 2008, pág. 107 a 111.

⁹⁵ No caso das sociedades em nome coletivo e sociedades por quotas, a representação compete aos seus gerentes (192º e 252º e 261º do CSC, respetivamente); nas sociedades anónimas, com uma estrutura de administração alternativa, 278º, os poderes de representação são exclusivos do conselho de administração (405º/2 e 408º); nas sociedades em comandita, só os sócios comanditados podem ser gerentes (470º) sendo aplicável às comanditas simples as normas relativas às sociedades em nome coletivo, e às comanditas por ações as disposições relativas às sociedades anónimas (474º e 478º).

⁹⁶ Nesse sentido, SILVA, Germano Marques da, *A pessoa coletiva como arguida no processo penal*, 2014/2015, pág.10.

necessidade de uma regulamentação processual penal sobre a representação no processo do ente coletivo-arguido⁹⁷.

Apesar de a resposta à questão de saber quem pode representar o ente coletivo no processo ser respondida pela lei, pacto social ou estatutos, levanta-se o problema de saber a natureza dessa representação. Carlos Adérito Teixeira⁹⁸ considera que têm sido defendidas duas concepções, uma de carácter mais tradicional e outra mais moderna. Do ponto de vista tradicional, a representação apenas pode ser realizada através da intervenção no processo dos titulares dos órgãos, administradores ou gerentes. Já do ponto de vista moderno, a intervenção no processo pode ser feita por aqueles a quem tenha sido delegada essa competência por via de procuração com poderes bastantes. O autor defende uma concepção mais moderna, tendo em conta a “estrutura organizacional das empresas ou entidades coletivas”, defendendo que uma representação superior pode não ser sinónimo de um maior conhecimento sobre os factos, sendo preferível uma “representação atomística” até porque, em última linha, essa “pessoalidade” será sempre artificial e ficcionada, sendo indiferente quem concretamente irá representar o ente coletivo, desde que seja alguém designado pelo mesmo⁹⁹.

Quanto a nós, tendemos a concordar com uma concepção mais moderna tendo em conta a estrutura organizacional de muitos entes coletivos, como sejam as sociedades comerciais, e pela descentralização característica das mesmas. No entanto, essa delegação de competências deve ser limitada tendo em conta o tipo de representação em causa. Havendo delegação de competências, essa pode ser feita entre outros membros dos órgãos sociais do ente coletivo. Portanto, em causa está uma representação orgânica, devendo ser sempre assegurada uma representação do ente coletivo por alguém que represente o interesse do ente coletivo. Não se trata de uma relação de mandato por isso não se pode admitir uma representação voluntária, por procurador, pois isso é negar a natureza do ente em causa. Recusamos amplamente, por isso, a possibilidade de o representante do ente coletivo ser uma pessoa exterior à dinâmica da instituição, como sejam os procuradores. Parece também ir nesse sentido os artigos 140º, nº2 e 138º, nº1 CPP que determinam o carácter pessoal das declarações e a impossibilidade de as declarações serem feitas por

⁹⁷ Também GODINHO, Inês Fernandes, 2007/2008, pág. 56, nota de rodapé nº8 onde refere a necessidade de uma intervenção legislativa que resolva esta ausência de regulamentação processual penal.

⁹⁸ Ver TEIXEIRA, Carlos Adérito, 2008, pág. 106 a 111.

⁹⁹ Argumentos invocados em *Idem*, pág. 106 a 111.

procurador com mandato forense, podendo apenas ser ouvidos os representantes legais do ente coletivo-arguido no processo e não quaisquer outras pessoas, munidas de procuração.

Além disso, resulta claro que, o representante legal do ente coletivo pode estar sujeito a deveres processuais como seja o dever de comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o determine e depois de devidamente convocado, nos termos do artigo 61º, nº3 a) e o dever de responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a identidade do ente coletivo, nos termos do artigo 61º, nº3, al. b). No entanto, a sujeição do representante legal do ente coletivo-arguido a esses deveres processuais, que recaem na sua própria esfera pessoal, parece ser de admitir tendo em conta que se trata de uma condição que surgiu inerente às funções que o representante legal exerce dentro do ente coletivo, à posição que assume e aos deveres funcionais que detém face a pertencer a uma coletividade de valores e interesses. Por isso mesmo, apenas os podem suportar quem tiver ligação orgânica com o ente coletivo, alguém que tenham poderes e deveres funcionais para com o ente coletivo, o que leva a excluir a representação por terceiros exteriores ao ente coletivo como sejam o procurador. Essa representação deve exprimir a vontade do ente coletivo. Contudo, este é mais um aspeto que a lei processual penal deveria regular em concreto quando em causa o ente coletivo pois, nada refere sobre a amplitude que estes deveres processuais podem ter em relação ao representante pessoa física, principalmente quanto ao dever de sujeição a diligências de prova e a medidas de coação que constam da alínea d) desse mesmo artigo.

A representação do ente coletivo no processo não tem de ser feita pela pessoa singular que à data da prática do facto ilícito tinha essa função legal ou estatutária de representação mas sim, por quem assume essa função à data do ato processual em causa¹⁰⁰. Isto porque, a qualidade de arguido do ente coletivo é autónoma em relação a quem assume a posição de representante legal. Importa que seja um representante legítimo mas, sendo-o, pode ser qualquer um. O acto de constituição como arguido do ente coletivo tem validade durante todo o processo, sendo um ato de constituição de todo o ente, da sua esfera jurídica, podendo mudar-se o representante legal consoante as opções do ente coletivo. Os efeitos processuais dessa constituição são do ente coletivo mas, vão ser assegurados no processo por um representante que, devido a esse vínculo de representação orgânica, vão ser também sentido na sua própria esfera jurídica. Quando esse vínculo de representação

¹⁰⁰ Nesse sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2008, pág. 177

findar, o anterior representante legal deixa de ter poderes de representação judiciária do ente coletivo, cessando todos os deveres a que estava sujeito.

O arguido ente coletivo deve estar sempre representado no processo por quem tenha poderes de representação caso contrário, está em causa uma irregularidade de representação em que, ao contrário da lei processual civil onde a mesma pode ser sanada nos termos do artigo 27º do CPC, no processo penal deve ser aplicado o regime das nulidades insanáveis pois, corresponde a uma ausência de arguido nos termos do artigo 119º, al. c)¹⁰¹. O contrário seria atentar contra princípios basilares do processo penal tendo o arguido ente coletivo, tal como o arguido pessoa singular, o direito a estar presente nos atos que pessoalmente o afetem¹⁰².

3.3. Qualidade de representante legal: responsabilidade cumulativa

Nos termos do artigo 11º, nº2, al. a) do CP, o ente coletivo é criminalmente responsável pelos crimes praticados por aqueles que “ocupem uma posição de liderança” o que, nos termos do nº4, se entende pelos órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade. Portanto, pode o representante do ente coletivo no processo ser ao mesmo tempo o agente da infração, sendo cumulativamente responsável. São diferentes qualidades que estão em causa: o agente, pessoa física, intervém no processo em nome próprio sendo ao mesmo tempo a pessoa que representa a pessoa coletiva. Mas, “o representante da pessoa coletiva, enquanto representa a pessoa coletiva no processo, não é arguido; a arguida é a pessoa coletiva, mas os poderes e deveres do arguido são exercidos pelo seu representante”¹⁰³. Quando o representante legal é, no entanto, ao mesmo tempo arguido a título pessoal pela prática de um crime, pode resultar conflitos de interesses, nomeadamente, entre o apuramento da responsabilidade individual de um representante da pessoa coletiva e esta, o que é comum quando se queira invocar e averiguar se os factos foram cometidos em nome e no interesse coletivo ou se foram incumpridas ordens ou instruções expressas de quem de direito¹⁰⁴.

¹⁰¹ SILVA, Germano Marques da, 2014/2015, pág. 12.

¹⁰² Nesse sentido, GODINHO, Inês Fernandes, 2007/2008, pág. 58 e 59.

¹⁰³ SILVA, Germano Marques da, 2014/2015, pág. 9.

¹⁰⁴ BRAVO, Jorge dos Reis, 2008, pág. 319, tendo em conta o artigo 11º do Código Penal.

Nestes casos, entende-se¹⁰⁵ que se deve atribuir ao ente coletivo a disponibilidade sobre a designação do seu representante processual. Se os órgãos e membros do ente coletivo entenderem que pode existir conflitos de interesses, deve o ente coletivo pedir a substituição do atual representante legal. Paulo Pinto de Albuquerque¹⁰⁶ entende que no caso de conflito de interesses entre a arguida e o seu representante, nomeadamente quando este seja também arguido a título pessoal, deve o juiz de instrução designar representante especial. No entanto, discordamos e seguimos o entendimento de Jorge dos Reis Bravo¹⁰⁷ pois, a autoridade competente deve notificar a arguida de modo a que esta, exercendo os seus direitos de defesa, indique outro representante. Portanto, um dever da autoridade judiciária competente pelo ato processual em causa notificar o ente coletivo-arguido quando entenda que em causa esteja um conflito de interesses. No entanto, se a arguida ente coletivo não proceder a essa alteração, parece-nos que deverá ser o juiz a fazê-lo sob pena de se ignorar uma situação de conflitos de interesse que prejudique os direitos de defesa do ente coletivo-arguido com o qual as autoridades judiciárias não podem compactuar.

Apesar disso, entendemos que a possibilidade de existir esta responsabilidade cumulativa do representante, que tanto representa o arguido ente coletivo, como também se assume como arguido nesse mesmo processo, não é conveniente. É certo que caberá sempre ao ente coletivo, caso entenda que está em causa um conflito de interesses, designar outro representante sendo que também a autoridade judiciária competente tem esse dever de advertir para a existência de uma incompatibilidade dessa representação. No entanto, a mera possibilidade de em abstrato haver um caso de conflito de interesses, que se reflete num conflito de defesas¹⁰⁸, deveria levar a que não fosse admissível esta cumulação de posições. Se o representante legal do arguido ente coletivo for individualmente responsável pela prática de um crime imputado ao ente coletivo, os interesses do ente coletivo serão distintos dos interesses do arguido e representante legal. O ente coletivo terá todos os motivos para invocar que o agente que praticou o crime não agiu em seu nome e no seu interesse ou incumpriu normas e ordens expressas, de modo a excluir a sua responsabilidade. Ora, o representante legal e arguido terá toda a vantagem

¹⁰⁵ Nesse sentido, *Idem*, pág. 319.

¹⁰⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2008, pág. 177.

¹⁰⁷ BRAVO, Jorge dos Reis, 2008, pág. 319

¹⁰⁸ Conceito retirado de SILVA, Germano Marques da, 2014/2015, pág. 18.

em defender o contrário. São então estratégias defensivas opostas e isso deverá ser tido em conta sob pena de equivaler a uma violação das garantias de defesa do ente coletivo.

Também Jorge dos Reis Bravo considera que essa solução parece inconveniente considerando o autor que pode haver mais vantagens na identificação de um representante diferente do que o que atuou criminalmente¹⁰⁹. Essa deveria, no entanto, ser a regra sob pena de em casos concretos, o ente coletivo estar numa posição fragilizada quanto à sua defesa. Não havendo, no entanto, regra expressa quanto a isto e acontecendo frequentemente esta sobreposição de papéis, deve aplicar-se o regime dos impedimentos quando seja necessário que os “co-arguidos” deponham. Isto é, estando no processo o representante legal com ambas as vestes – de representante e de arguido - deve estar impedido de depor como testemunha.

Está aqui em causa uma complexidade associada ao ente coletivo enquanto sujeito processual que se consubstancia no antagonismo entre a vontade do ente coletivo e a vontade dos seus membros, principalmente do seu representante legal, quando este seja também arguido a título pessoal.

3.4.Exercício de direitos e deveres no seio do ente coletivo

Recai sobre o representante legal do ente coletivo o exercício das prerrogativas do ente coletivo tendo o legal representante de ser informado dos direitos e deveres do ente coletivo na sua qualidade de arguido¹¹⁰. Nomeadamente, cabe ao representante legal exercer o direito ao silêncio que será imputado ao ente coletivo. Pode, portanto, o representante recusar-se a prestar declarações. Mas, tal como considera Frederico da Costa Pinto¹¹¹, sendo essa uma decisão que será imputada ao ente coletivo, ela deverá ser processualmente legítima. Apenas será processualmente legítima, a decisão do representante que seja resultado da decisão tomada pelo órgão que forma a vontade imputável ao ente coletivo, neste caso, o órgão deliberativo do ente coletivo. A decisão do representante tem de ser tomada em nome e no interesse da pessoa coletiva sendo que o representante deve estar em constante comunicação com os demais órgãos do ente coletivo de modo a conseguir exprimir a vontade coletiva. Aliás, só assim se garante que seja efetivo o direito de defesa do ente coletivo, garantindo que o representante tenha

¹⁰⁹ BRAVO, Jorge dos Reis, 2008, pág. 320.

¹¹⁰ Nesse sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2008, pág. 185.

¹¹¹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 97.

conhecimento constante da vontade coletiva, garantindo também uma defesa mais ampla e efetiva¹¹². Permite até que o representante tenha maiores conhecimentos e possa mais facilmente e eficazmente responder acerca dos factos imputados. Esta troca de informações entre órgãos e membros do ente coletivo e o seu representante legal no processo deve ser incentivada pois corresponde ao verdadeiro exercício de um direito de defesa e uma representação processual efetiva.

Exceciona o direito ao silêncio, a obrigação de o representante do ente coletivo-arguido responder com verdade às questões relativas à identidade e sede do ente coletivo, nos termos do artigo 61º, nº3 al. b) e dos artigos 141º, nº3 e 342º, nº1 do CPP. Caso incumpra este dever, o catálogo de crimes do artigo 11º, nº2 do CP que consagra a responsabilidade das pessoas coletivas prevê o crime de desobediência, no artigo 348º do CP, podendo o ente coletivo ser responsável pois, mais uma vez, é um incumprimento imputado ao ente coletivo como um todo. O mesmo já não se aplica ao artigo 359º do CP relativo ao crime de falsidade de depoimento ou declaração que, por sua vez, não consta do catálogo do artigo 11º do CP não podendo o ente coletivo responder criminalmente se o representante mentir “relativamente a declarações sobre a sua identidade”, isto é, identidade do ente coletivo¹¹³.

Questão que se mostra relevante é a amplitude do exercício do direito ao silêncio dentro do ente coletivo-arguido. No âmbito de um inquérito em que seja arguido um ente coletivo, será ouvido antes de mais o seu representante legal no processo que representa aquela entidade e que atua e responde em seu nome e no seu interesse. Mas, para a descoberta da verdade material, pode ser necessário ouvir outros membros do ente coletivo, que não apenas o seu representante legal. Pode ser necessário, durante o processo, ouvir os demais administradores e outros titulares de órgãos sociais do ente coletivo-arguido, e até mesmo os seus colaboradores, pois estes poderão ter um conhecimento direto sobre os factos que são imputados ao ente coletivo.

Na lei processual penal, não há disposição específica quanto a esta especial qualidade que estes sujeitos detêm dentro da orgânica da instituição nem determina a que títulos devem ser ouvidos. Na falta de disposição sobre o assunto, será prudente concluir

¹¹² Também nesse sentido, MAGALHÃES, Tiago Manuel Coelho, *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Ente Coletivo em Processo Penal*, 2016, pág. 109 e 110, nota de rodapé nº 436.

¹¹³ *Idem*, pág. 111 a 112 que evidencia a necessidade de uma intervenção legislativa de modo a inclui este tipo legal de crime no catálogo de crimes suscetíveis de imputação ao ente coletivo.

que apenas pode ser invocado o direito ao silêncio pelo representante legal, tendo os demais titulares dos órgãos e membros do ente coletivo um dever de responder com verdade, nos termos do artigo 132º, nº1, al. d), por revestirem a qualidade de testemunha? Carlos Adérito Teixeira¹¹⁴ conclui, em primeiro, que os demais administradores não representante legais do ente coletivo, que não sejam arguidos, devem ser ouvidos no processo na qualidade de testemunhas. Pois, não entende ser de admitir que esses administradores revistam uma qualidade especial, isto é, uma “capacidade judiciária especial” por serem administradores do ente coletivo-arguido. Em segundo, também quanto aos demais membros do ente coletivo, como sejam os quadros intermédios e os colaboradores, a mesma solução é aplicável, sendo ouvidos na qualidade de testemunhas¹¹⁵. Esta solução levanta, contudo, várias complexidades.

Como já se evidenciou, a qualidade de representante legal é dinâmica, podendo o ente coletivo designar outro representante quando considerar necessário, se isso for a vontade do ente como um todo, ou seja, a vontade dos seus órgãos sociais. Os atos praticados pelo representante legal do ente coletivo-arguido serão sempre repercutidos na esfera jurídica do representado. Por isso mesmo, trata-se de um campo onde se deve ponderar as soluções a que se chega. Assim, havendo substituição dos representantes legais, em que posição fica o representante substituído e o substituto? O autor defende¹¹⁶ que, como os demais administradores e titulares de órgãos, se ouvidos, assumem a qualidade de testemunha, então considera que se o representante substituto foi anteriormente ouvido como testemunha, as suas declarações anteriormente prestadas não podem ser usadas como prova contra o ente coletivo. Ou seja, o novo representante legal, que anteriormente prestou declarações na veste de testemunha, ao ser designado representante no processo, se exercer o direito ao silêncio em nome do ente coletivo, as suas anteriores declarações não podem valer como prova contra a pessoa coletiva, tendo em conta a “similitude de situações e interesses e valores em jogo”¹¹⁷.

No entanto, esta parece uma solução que desconsidera a natureza do ente coletivo em causa, que deve ser visto como uma coletividade de interesses. A qualidade de arguido é assumida em plenitude pelo ente coletivo, e portanto, este assume todos os direitos e deveres subjacentes ao estatuto de arguido. No entanto, a garantia de exercício desse leque

¹¹⁴ TEIXEIRA, Carlos Adérito, 2008, pág. 111 a 113.

¹¹⁵ *Idem*, pág. 111 a 113.

¹¹⁶ *Idem*, pág. 113.

¹¹⁷ *Idem*, pág. 112.

de direitos e deveres é levada a cabo pelo seu representante legal mas, ter ele apenas a legitimidade de invocar o direito ao silêncio parece simplista e desajustado. Implica que os demais titulares de órgãos e membros do ente coletivo, quando forem chamados a prestar depoimento, terão de ser ouvidos como testemunhas, incorrendo num dever de verdade nas perguntas que lhes forem dirigidas. Exceto se com a resposta as mesmas incorrerem em auto-incriminação, nos termos do artigo 132º, nº2. Mas, esse privilégio contra a auto-incriminação presente no estatuto da testemunha apenas pode ser invocado se resultar a sua própria auto-incriminação mas não já a responsabilização penal do ente coletivo a que pertence. Nos termos da lei, este dever de verdade abrange, portanto, a questões relativas a factos imputados ao ente coletivo. Não nos parece, porém, uma solução adequada ao sujeito jurídico em causa.

Por isso mesmo, há doutrina divergente quanto a esta matéria. Há quem considere que também esses, por fazerem parte do ente coletivo, devem ser informados do direito ao silêncio de que é titular o ente coletivo-arguido sob pena de se violar o artigo 61º, nº1 al. d), exercendo-o em nome do ente coletivo¹¹⁸. Consideram que os demais administradores e titulares dos órgãos da pessoa coletiva devem ter possibilidade de exercer o direito ao silêncio quanto aos factos imputados ao ente coletivo, ainda que não tenham o poder de representação judiciária, apontando nesse sentido razões de ordem prática pois, apesar de o ente coletivo ter de estar assegurado no processo por apenas um representante que detém a capacidade de representação judiciária, os demais titulares dos órgãos fazem também parte da orgânica do ente coletivo¹¹⁹.

Quanto a nós, tendemos a defender uma posição intermédia mas que parece a que melhor tem em conta a natureza do ente em causa. Consideramos que se deve fazer uma distinção entre os membros do ente coletivo. Por um lado, os seus administradores e demais titulares de órgãos sociais que, em si mesmo, representam o interesse do ente coletivo. Por outro lado, os demais membros que não possuem um vínculo orgânico com o ente coletivo, isto é, os quadros intermédios e técnicos e os meros trabalhadores que possuem uma relação laboral com o ente coletivo. Trata-se de um vínculo laboral que, quanto a nós, se distingue do vínculo orgânico que os administradores e demais titulares dos órgãos do ente coletivo detém. Esta distinção deve ser também salvaguardada quanto ao exercício de direitos em nome do ente coletivo-arguido. Assim, podem os demais

¹¹⁸ Nesse sentido, GODINHO, Inês Fernandes, 2007/2008, pág. 72 a 74.

¹¹⁹ SILVA, Germano Marques da, 2014/2015, pág. 17.

administradores e titulares de órgãos sociais, que não representam o ente coletivo no processo, invocar legitimamente o direito ao silêncio quanto a perguntas feitas sobre factos a serem imputados ao ente coletivo, com base no artigo 61º, nº1, al. d) que consta do estatuto de arguido. Ao contrário do que refere Carlos Adérito Teixeira, isto não quer dizer que todos poderiam ter o estatuto de arguidos no processo, pois, de facto, isso causaria uma enorme perturbação no decorrer do processo¹²⁰. Pois, estes demais membros do ente coletivo não assumirão individualmente o estatuto de arguidos antes, exercerão direitos inerentes ao estatuto de arguido do ente coletivo a que pertencem e no qual participam para a formação da sua vontade. Por isso, não têm estatuto de arguido. Esse estatuto é do ente coletivo. Não nos parece coerente defender que a decisão do representante legal no processo é uma decisão imputada ao ente, isto é, decidida pela coletividade, pelos seus órgãos sociais mas, por outra via, os titulares desses órgãos podem ter de depor como testemunhas tendo o dever de responder com verdade a perguntas que incriminam o ente coletivo, contrariando aquilo que foi a vontade definida na formação da sua vontade. Acresce que, se o dever de verdade dos demais membros, quando interrogados na qualidade de testemunhas, abranger a resposta a questões sobre os factos imputados ao ente coletivo, parece-nos que por essa via se pretende contornar os direitos de defesa do ente coletivo-arguido pois, já que o representante legitimamente pode invocar o direito ao silêncio, então as autoridades competentes poderão recorrer a outros membros e titulares de órgãos para desse modo se obter um depoimento incriminatório do ente coletivo. Portanto, entendemos que ser apenas legítimo o exercício do direito ao silêncio ao representante do ente coletivo parece solução que ignora a orgânica do ente em causa, não sendo apenas aquele representante que corporiza o ente coletivo antes, é mero intermediário que representa a vontade coletiva do ente coletivo.

Apesar disso, este direito ao silêncio não nos parece que possa abranger todos os membros da pessoa coletiva. Pois, isso sim causaria uma enorme perturbação e impediria de maneira extrema a descoberta da verdade material e a investigação criminal. Defendemos por isso que haja um critério delimitativo. Esse critério passa por excluir a titularidade desse direito por parte dos meros colaboradores do ente coletivo, que tenham apenas um laço laboral com o ente coletivo. No entanto, entendemos que esta solução em certos casos pode não ser suficiente, sendo vantajoso que quanto a estes meros colaboradores do ente coletivo seja aplicável o regime de recusa de depoimento, nos

¹²⁰ TEIXEIRA, Carlos Adérito, 2008, pág. 111 e 112.

termos do 134º. O fundamento dessa recusa seria o vínculo de relação laboral, tendo, no caso concreto, de ter em conta o laço laboral específico que o colaborador detém dentro da orgânica do ente coletivo e tendo em conta o tipo de ente coletivo em causa e a sua amplitude.

Assume assim importância a questão da extensão dos direitos processuais dentro do próprio ente coletivo, especificamente, do direito ao silêncio. Mas, causa também problemas práticos. Antes de mais, importa referir que da mesma maneira que um arguido não pode ser ao mesmo tempo testemunha num mesmo processo, à luz do regime dos impedimentos do artigo 133º, nº1 al. a), consideramos que o representante legal não pode no mesmo processo ser também testemunha. Não pode assumir ambas as qualidades. Este deveria ser um impedimento acrescentado à lista do artigo 133º pois permitiria uma maior segurança e certeza sobre o exercício da qualidade de representante legal de um ente coletivo-arguido.

Concluimos, portanto, que, quanto ao corolário do direito ao silêncio, a sua aplicabilidade ao ente coletivo é equiparada à aplicabilidade ao arguido pessoa singular. Portanto, o direito ao silêncio garante que “ninguém pode ser forçado a testemunha contra si nem a confessar-se culpado”¹²¹, sendo esse um direito absoluto, com a mesma intensidade independentemente da qualidade do arguido.

4. Contornos do direito à não auto-incriminação do ente coletivo: compatibilização com os deveres de colaboração processuais

4.1. Dever de entrega de documentos e outros objetos

O direito à não auto-incriminação abarca um conteúdo não meramente declaratório, tendo um maior alcance que recai sobre qualquer tipo de colaboração do arguido para a sua auto-incriminação. Este corolário é por isso fundamental quando se pretende sujeitar o arguido a colaborar com atos e diligências probatórias com um conteúdo real e material que exigem uma colaboração do arguido. De suma importância, nesta fase, revela-se a proteção do arguido contra a obrigação de entrega coativa de documentos e outros objetos. Este tipo de colaboração processual é muito relevante quando em causa estejam entes

¹²¹ *Idem*, pág. 157.

coletivos pois, faltando a componente física ao ente coletivo, assume maior relevância a colaboração na entrega de elementos materiais.

Pode ser exigido ao representante do ente coletivo-arguido que entregue ao processo documentos. Documentos que, muitas das vezes, decorrem do facto de os entes coletivos, no exercício da sua atividade, estarem sujeitos a uma imposição legal de documentar todos as operações levadas a cabo, de arquivar e conservar elementos comprovativos. Importa perceber se o direito à não auto-incriminação permite ao arguido recusar a entrega coativa de documentos previamente redigidos ou se é exigível uma colaboração no sentido de lhe ser imposto a entrega de documentos preexistentes com conteúdo incriminatório.

Concluimos, anteriormente, que não se trata de um direito absoluto, admitindo restrições desde que cumpridos os requisitos do artigo 18º, nº2 da CRP, colocando o arguido numa situação de sujeição tendo de colaborar nos atos e diligências de prova. Há quem considere, por isso, que o arguido tem o dever de entrega de documentos exceto se essa entrega implicar um contributo declarativo coercivo¹²². Isto é, se a autoridade competente souber da existência concreta do documento, e não apenas presumida, pode obrigar o arguido a entregar esses documentos sem que haja uma afetação do princípio *nemo tenetur*.

Quanto a nós, tendemos a concordar com esses critérios exigentes. Mas, acrescentamos que essa exigência apenas está verificada quando se trata de documentos que decorrem de uma exigência legal. Só nesses casos é possível proceder a uma ordem de entrega. Pois, só estes as autoridades competentes poderão saber da sua existência e localização. Essas obrigações legais são, contudo, limitadas. Apenas o sujeito que tenha uma posição especial tem deveres legais de documentação como sejam os entes coletivos na posição de supervisionados. Já os demais cidadãos, não revestindo qualidade especial, não têm qualquer dever de entrega de documentos, como sejam cartas, diários e documentos pessoais pois, trata-se de documentos preexistentes redigidos de modo voluntário e que não decorrem de nenhum imperativo legal, estando situados na sua esfera de autonomia e liberdade trazê-los ou não ao processo. O comum cidadão não tem o dever de dar a conhecer a existência de documentos de que as autoridades não têm conhecimento

¹²² Ver SILVA, Sandra Oliveira e, 2018, pág. 740 a 747. Isto tendo em conta o critério que a autora defende: o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur* decorre da integridade pessoal, que se fundamenta no controlo dos próprios processos mentais, das manifestações da personalidade que radicam na dimensão espiritual do sujeito, sendo esse um domínio fechado onde não é lícito às autoridades penetrar nem mesmo por finalidades comunitárias mais elevadas. Ver SILVA, Sandra Oliveira e, *ob. cit.*, pág. 740 a 747.

de onde estejam porque, simplesmente, não há uma obrigação legal para os possuir. Teria, efetivamente, um conteúdo declaratório implícito, obrigar o arguido a trazer ao processo documentos e elementos que estão na sua esfera de conhecimento e que não têm qualquer exteriorização concreta. Concordamos, então, que cidadão comum, investigado por crime de burla, “não pode ser obrigado a entregar, sob pena de sanção, quaisquer documentos auto-incriminatórios, como seja, por exemplo, a procuração falsificada¹²³. Contudo, se souberem da sua existência, as autoridades podem sempre recorrer aos meios de obtenção de prova previstos na lei processual, às quais os arguidos estão obrigados a sujeitar-se por via do artigo 61º, nº3, al. d) do CPP. Disto apenas de exceção o caso especial do cidadão-contribuinte que tem deveres acessórios de documentação que, correspondendo a exigências legais, pode ser obrigado a trazer ao processo documentos preexistentes auto-incriminatórios que fundamentem, por exemplo, um crime de fraude fiscal.

Defendemos que se distinga entre os documentos preexistentes que contém informações incriminadoras dos documentos elaborados no cumprimento de obrigações legais. O arguido deve apenas trazer ao processo aqueles que forem exigência legal possuir, sendo que aquilo que não foi exteriorizado por ele, não tem de ser trazido ao processo. Isto é mais evidente quando em causa estejam entes coletivos que, na maioria das vezes, são sociedades e que estão sujeitos a deveres de transparência e de documentação da sua atividade¹²⁴.

Face a um pedido de entrega de documento, quando em causa esteja um ente coletivo, é problemático entender quem tem o dever de entrega desse documento. Sendo arguido o ente coletivo, o pedido deve ser dirigido ao ente coletivo, na pessoa do seu representante legal no processo. Este não pode, contudo, recusar a entrega com fundamento no direito contra à auto-incriminação se essa entrega for obrigatória. É obrigatória se, como visto, corresponder a uma exigência legal. Portanto, o ente coletivo, “que atua através do seu legal representante, encontra-se obrigada a entregar os documentos que possam vir a ser incriminatórios”, quer o sejam contra si própria, “quer contra o seu administrador ou outro

¹²³ RAMOS, Vânia Costa, 2007, pág. 92 e 93.

¹²⁴ Na opinião de TEIXEIRA, Carlos Adérito, 2008, pág. 157 a 159, a aceitação desta obrigação do ente coletivo contribuir para a sua possível incriminação, por via da entrega ou exibição de documentos é aceitável pois, ao contrário das pessoas singulares, trata-se de algo estranho à violência sobre a integridade física ou moral e também porque esses documentos poderiam ser obtidos por outros meios, tal como “junto de terceiros ou instituições” ou com recurso a poderes coercivos judiciais. For fim, pelo motivo de o sujeito estar investido e no exercício de papéis específicos e de direitos e deveres específicos, como o “cidadão empresário, cidadão condutor, cidadão beneficiário de um subsídio”.

funcionário”¹²⁵. Mas, pode acontecer que a pessoa singular que possui concretamente o documento pode não querer entregá-lo pois, pode ser também arguida no processo e disso pode resultar a sua própria auto-incriminação.

Mais uma vez, estamos diante de um conflito de interesses dentro do ente coletivo, agora no campo dos meios de prova. Entendemos, contudo, que, se o documento em causa se tratar de um documento que decorre de uma exigência legal, como sejam os registos contabilísticos ou a faturação, o ente coletivo tem o dever de colaborar com as autoridades competentes e entregar o documento, mesmo que esse documento seja auto-incriminatório. Se o documento for auto-incriminatório também para a pessoa singular que o detém, parece-nos que a solução é a mesma: advindo o documento de uma exigência legal de conservação de registos, não pode ser recusada a sua entrega com fundamento na auto-incriminação da pessoa singular, seja ela titular de um órgão social ou mero colaborador do ente coletivo. Isto porque, o documento em si pertence ao ente coletivo e decorre da sua atividade, não tendo a pessoa singular legitimidade para recusar a sua entrega por motivos de auto-incriminação.

Na prática, assiste-se assim a um possível desfavorecimento da pessoa singular que pertence ao ente coletivo, por motivos de um “eventual esbatimento das garantias processuais do ente coletivo”¹²⁶ que se encontra sujeito a obrigações legais no exercício da sua atividade. Mas, o contrário, podendo a pessoa singular recusar a entrega com fundamento no direito contra a auto-incriminação, levaria a diminuir as hipóteses de imputação do crime ao ente coletivo e à pessoa singular que agiu em nome e no interesse do ente coletivo, contrariando os motivos que levaram a alargar a responsabilidade penal do ente coletivo, podendo os crimes praticados no seio do ente coletivo ficarem impunes.

4.2.As especificidades do ente coletivo

A aplicação ao ente coletivo do corolário do direito à não auto-incriminação segue a mesma conclusão que a alcançada quanto ao direito ao silêncio: a sua aplicabilidade é compatível com o ente coletivo pois, o mesmo pode ser sujeito a diligências de prova que visem apurar da sua responsabilidade penal. Contudo, a intensidade com que, especificamente, este corolário se aplica ao ente coletivo é distinta da com que se aplica à

¹²⁵ PINA, Cláudia Verdial, *Crime de Manipulação do mercado: elementos típicos e recolha de prova*, 2012, pág. 63.

¹²⁶ MAGALHÃES, Tiago Manuel Coelho, 2016, pág. 123.

pessoa singular. Concluímos, portanto, que o direito à não auto-incriminação assume um carácter menos intenso quando em causa estejam entes coletivos face às obrigações legais previstas que regulam o modo de funcionamento e exercício da sua atividade. Sobretudo, considera-se que a maioria das restrições ao princípio *nemo tenetur* ocorrem quando o sujeito em causa é o ente coletivo, principalmente, no âmbito do direito penal secundário¹²⁷. Contudo, apesar de se encarar este específico corolário com menor intensidade quando em causa estejam pessoas coletivas, por revestirem uma especial qualidade que consequentemente acarretará especiais deveres, deve garantir-se que este direito não fica esvaziado de conteúdo pois, apesar de tudo, o princípio *nemo tenetur* também se aplica ao ente coletivo¹²⁸.

Na verdade, está em causa uma conceção moderna do princípio *nemo tenetur*¹²⁹ face à necessidade de um Estado mais intervencionista. Por via da criação de normas regulamentares, condiciona a liberdade dos entes coletivos, regulando o modo de exercício das suas atividades por via de imposições legais que devem ser prosseguidas, como sejam os deveres de colaboração que colocam o ente coletivo numa posição específica. Consequentemente, leva a que se conceba um princípio *nemo tenetur* adaptado a essas circunstâncias, como impõe a CRP no artigo 12º, nº2. Assume grande relevo o estabelecimento desses deveres, sendo necessário analisá-los, especificamente, sobre o espectro do princípio *nemo tenetur*.

¹²⁷ RAMOS, Vânia Costa, 2007, pág. 92 e 93

¹²⁸ TEIXEIRA, Carlos Adérito, 2008, pág. 158 e 159 também chama a atenção para esta questão.

¹²⁹ RAMOS, Vânia Costa, 2007, pág. 87 a 95 onde referencia duas conceções do princípio *nemo tenetur*: a clássica e a moderna.

Capítulo III - Os deveres de colaboração extraprocessuais em articulação com o Princípio *Nemo Tenetur*

1. Os deveres de colaboração extraprocessuais no âmbito da supervisão económica: da sua existência e constitucionalidade

Podemos considerar que estamos, hoje, diante de um novo modo de atuação do Estado na economia, feito predominantemente por via da regulação e supervisão, levada a cabo por autoridades administrativas, que controlam e fiscalizam o cumprimento das normas pelos agentes que atuam nos mais setores¹³⁰, regulando e controlando o exercício da atividade. Essencialmente, esses agentes são entes coletivos¹³¹, sob a forma empresarial, que, em função da sua qualidade e intervenção específica na economia e na sociedade, estão sujeitos a regulação e supervisão no exercício da sua atividade, levando a que haja um condicionamento da sua liberdade de exercício empresarial.

Para facilitar essas tarefas de fiscalização e controlo das atividades desenvolvidas, o Estado recorre a autoridades administrativas autónomas e independentes, que dispõem de diversos poderes, nomeadamente, poderes regulamentares e poderes de supervisão. Dentro desse poder de supervisão, possuem também um amplo poder de fiscalização, que lhes permite controlar e fiscalizar o cumprimento das normas do sector, podendo realizar inspeções e inquéritos e instruir processos de natureza sancionatória contra-ordenacional¹³². Portanto, nestas “missões de controlo administrativo”¹³³ incluem não só competências de supervisão e fiscalização, como também, necessariamente, uma competência sancionatória que permite que estas entidades levem a cabo procedimentos contra-ordenacionais quando as entidades supervisionadas incumpram os seus deveres, podendo identificar infrações que tenham sido cometidas e, com base nisso, instruir processos de contra-ordenação e decidi-los¹³⁴.

¹³⁰ Nesse sentido e no âmbito da regulação da concorrência exercida pela Autoridade da Concorrência, ver o Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 366/11 de 11 de Outubro de 2011.

¹³¹ Essa mesma constatação é feita por BOLINA, Helena Magalhães, *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários*, 2010, pág. 408, considerando que a maioria das entidades supervisionadas, no setor dos mercados financeiros, são “pessoas coletivas” considerando que isso não levanta qualquer problema ao exercício de direitos como também antes já constatamos.

¹³² PINA, Cláudia Verdial, 2012, pág. 51 e 52.

¹³³ Referido por BRANDÃO, Nuno, *Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal*, 2014, pág. 43.

¹³⁴ Portanto, é inegável a integração, nos poderes de supervisão e regulação, uma componente sancionatória. Nesse sentido, BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 43; DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da

A competência de supervisão é muito mais ampla do que a possibilidade de investigação e sancionamento de factos de natureza contra-ordenacional, adotando por isso uma conceção ampla de supervisão¹³⁵. Pode ser concebida como “a atividade administrativa da entidade reguladora do sector económico em causa de vigilância permanente dos atos, pessoas e documentos, realizada com o objetivo de prevenir, detetar e sancionar ilícitos, evitando e minorando as perturbações”, numa “função de verificação da conformidade da atividade regulada com as normas existentes¹³⁶. No âmbito desses poderes de supervisão, e para que sejam efetivos, as autoridades administrativas necessitam da colaboração dos agentes que intervêm nesses setores de modo a garantir o regular funcionamento do sector em causa. Impendem, por isso, sobre os mesmos, deveres de colaboração para com as autoridades administrativas que possibilitam um espaço de cooperação entre essas autoridades de supervisão e os supervisionados. Referimo-nos¹³⁷ aos deveres de colaboração não como o dever de obediência previsto de modo genérico em diversos regimes legais mas como os deveres de colaboração mais delimitados que correspondem a obrigações de prestar declarações, informações e esclarecimentos, sob a forma oral ou escrita, e a obrigação de entregar documentos. Deveres que têm, essencialmente, uma qualidade informativa, quer de conteúdo declarativo, quer material. Consubstanciam-se num custo a suportar por aqueles que pretendam interagir nestes setores regulamentados, sendo uma “contrapartida legal do privilégio de acesso ao mercado pelos profissionais autorizados”¹³⁸.

Os deveres de colaboração são assim típicos de um Estado Intervencionista como o que é característico hoje em dia e são cada vez mais comuns e intensos tendo em conta o modo como o Estado optou por intervir na economia e sociedade. Acarretam uma exigência de máxima transparência e de absoluta lealdade para com o Estado, o que coloca entraves e condicionamentos no exercício da atividade pelos supervisionados, afetando a sua liberdade de atuação. Têm como finalidade garantir missões do Estado consagradas na CRP, dignas de proteção, como sejam, no âmbito do Mercado de Valores Mobiliários,

Costa, 2009, pág. 22. Também, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 366/11Secção de 11 de Outubro de 2011.

¹³⁵ Ver BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 44. Também PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 78 onde refere 4 segmentos da supervisão: a supervisão organizativa, a supervisão prudencial, a supervisão comportamental e a vertente sancionatória. Sobre a evolução da supervisão, ver PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Supervisão no Novo Código dos Valores Mobiliários*, 2000a, pág. 91 a 103.

¹³⁶ Citado por PINA, Cláudia Pina, 2012, pág. 50, a propósito da supervisão do Mercado de Valores Mobiliários.

¹³⁷ Isto na senda da distinção feita por BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 33.

¹³⁸ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 84.

garantir o regular funcionamento do sistema financeiro que são valores protegidos pela CRP no seu artigo 81º, als. f) e j). Ou no âmbito do Direito da Concorrência, garantir uma concorrência eficaz nos mercados e garantir o princípio da concorrência constitucionalmente protegido, nos termos do artigo 81º, al. f) da CRP. As autoridades administrativas, incumbidas com essa missão de prosseguir estas finalidades, incumbem aos intervenientes na economia os deveres de colaboração a que devem obediência pois, é do interesse público garantir uma eficaz e efetiva supervisão e fiscalização dos vários setores económicos, sendo fins legítimos e por isso mesmo aceitável e razoável a exigência desses deveres e a sua imposição. É necessário garantir um efetivo acompanhamento, controlo e fiscalização do funcionamento dos vários setores por via do acompanhamento e fiscalização dos comportamentos dos agentes económicos que atuam na economia e que devem cumprir as normas estabelecidas.

É dominante, quer na doutrina quer na jurisprudência, o entendimento relativo à necessidade e constitucionalidade destes deveres de colaboração. Este é um problema com uma resposta bastante “pacífica” no sentido da “legitimidade e admissibilidade constitucional”¹³⁹. No mesmo sentido conclui o TC, que considera que as funções de regulação, supervisão e fiscalização das atividades económicas são encaradas como “funções de excecional relevância pública”¹⁴⁰. A supervisão é encarada como um bem jurídico coletivo e, por isso, os deveres de colaboração que impendem sobre os visados dos vários setores de prestar informações e esclarecimentos, que devem ser verdadeiros e fidedignos, o dever de facultar documentos e demais elementos, tem como pressuposto a proteção e salvaguarda de um bem jurídico que visa garantir a função estadual de supervisão das atividades económicas¹⁴¹.

Esta proteção implica, contudo, restrições a direitos fundamentais, principalmente, dos entes coletivos, que atuam na economia, como sejam a sua liberdade de atividade económica, prevista no artigo 61º, nº1 da CRP. Ainda assim, é evidente a tese de que os direitos fundamentais não são encarados como direitos absolutos e ilimitáveis, sendo

¹³⁹ Nesse sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário: ou a insustentável indolência de um Acórdão (nº340/2013) do Tribunal Constitucional*, 2014, pág. 390 a 392. Esta evidência também é constatada por BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 406 e 407, considerando que a validade destes deveres não tem sido contestada.

¹⁴⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 624/12 de 31 de Janeiro de 2013.

¹⁴¹ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 47.

também aqui o caso¹⁴². Podem ser restringidos se em causa estiverem outros direitos com relevo constitucional, tendo se de levar a cabo uma ponderação de direitos como seja a liberdade dos intervenientes na economia, por um lado, e a garantia e realização de finalidades dignas de proteção constitucional como sejam o regular funcionamento dos mercados, o regular funcionamento da concorrência ou a efetiva receção de tributos, por outro. É nesse patamar que surge a necessidade de ponderação de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, à luz do artigo 18º, nº2 da CRP pois, apesar de implicar a restrição destes direitos fundamentais, a imposição dos deveres é proporcional, necessária e adequada tendo em conta as finalidades que os mesmos têm como fundamento.

Ainda assim, é evidente que os poderes de fiscalização e investigação das autoridades administrativas são cada vez mais intensos e amplos, contribuindo para um acréscimo deste tipo de deveres. Tem de haver, por isso, um limite constitucional à implementação dos mesmos por parte das autoridades administrativas¹⁴³. Pois, apesar de não terem propriamente um direito à privacidade tão amplo como o característico das pessoas singulares, não quer dizer que a intromissão dessas autoridades na esfera interna dos supervisionados seja ilimitada e livre. Um critério indicativo para que essas limitações sejam constitucionais passa por, pelo menos, observar o princípio da proporcionalidade e o regime procedimental previsto e devido¹⁴⁴.

2. Aplicabilidade do princípio *nemo tenetur* no âmbito de um processo contraordenacional: exercício do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação

É perfeitamente unânime o entendimento relativamente à competência sancionatória das autoridades de supervisão, podendo instruir processos contra-ordenacionais¹⁴⁵. Aliado a este poder, estão sujeitas a um princípio de legalidade de promoção, não podendo ignorar os factos e indícios que consubstanciem uma infração¹⁴⁶, vigorando um regime de obrigatoriedade de promoção do processo à luz do princípio da legalidade a que estão

¹⁴² DIAS, Augusto Silva, *Têm os deveres de cooperação do art. 7º e ss. do DL nº 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais*, 2012, pág. 442 e 443; MENDES, Paulo de Sousa, 2009, pág. 23 a 25.

¹⁴³ Esta questão é levantada, no âmbito do Direito Tributário, por DIAS, Augusto Silva, 2012, pág. 434.

¹⁴⁴ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, 2007, pág. 796.

¹⁴⁵ PINA, Cláudia Verdial, 2012, pág. 57 onde refere que o Tribunal da Relação de Lisboa tem-se pronunciado “unanimemente no sentido de que os poderes de supervisão do regulador compreendem o poder de instruir processos sancionatórios e de aplicar sanções, os quais resultam de norma expressa”. Também nesse sentido, a nota de rodapé nº 138.

¹⁴⁶ Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 34.

submetidas e não a um mero juízo de oportunidade de promoção. Diante deste contexto, importa determinar se perante um processo contra-ordenacional, o arguido também poderá invocar o direito ao silêncio ou o direito à não auto-incriminação para obstar à permanência dos deveres de colaboração.

Muito embora a origem do princípio *nemo tenetur* se tenha dado no âmbito do processo penal, a doutrina entende que este princípio é aplicável em todo o direito público sancionatório, incluindo nos processos contra-ordenacionais¹⁴⁷, nos termos do artigo 32º, nº10 da CRP. Este artigo determina que “nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. Por via de uma interpretação conforme com a CRP retira-se que, tendo o princípio *nemo tenetur* um fundamento jurídico-constitucional nas garantias processuais do arguido, deve aplicar-se a qualquer processo “onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo, ainda que não criminal”¹⁴⁸. Além do mais, o processo contra-ordenacional tem como regime subsidiário o processo penal, nos termos do artigo 41º, nº1 do Regime Geral das Contra-Ordenações que determina a aplicação subsidiária dos “preceitos reguladores do processo penal”, desde que “devidamente adoptados”. Mas, a aplicação de preceitos do processo penal, apesar de evidente, não tem de ser na mesma amplitude e extensão que no processo penal¹⁴⁹. Se assim fosse, não faria sentido haver processos distintos. Em causa está direito sancionatório mas com distinto procedimento e com fases específicas que exigem uma compreensão adequada pois, afinal, estamos perante um processo que é levado a cabo por uma entidade administrativa tendo por isso um carácter predominantemente administrativo e apenas parcialmente jurisdicional.

Já quando se inicia um procedimento contra-ordenacional, confrontando-se o arguido com a infração indiciada, “o paradigma de relacionamento altera-se, assumindo presença o direito à não auto-incriminação, refração do próprio estatuto de arguido”¹⁵⁰. Ainda assim, apenas pode ser invocado este princípio quando tenha ocorrido a constituição de arguido sendo que o momento em que deve ocorrer essa constituição no processo

¹⁴⁷ Também nesse sentido ANDRADRE, Tiago da Costa, *Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas coletivas*, 2017 pág. 180 a 181; MENDES, Paulo de Sousa, 2009, pág. 16. Também nesse sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 594/11.5TAPDL.L1-5 de 17 de Abril de 2012.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 46.

¹⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, 2014, pág. 387.

¹⁵⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 206/14.5YUSTR.L1-5 de 26 de Maio de 2015. Também nesse sentido, PEREIRA, António Beça, *Regime Geral das contra-ordenações e Coimas - Anotação ao Decreto-lei nº433/82, de 27 de Outubro*, 2014, pág. 127 a 133.

contra-ordenacional também não é unânime. A doutrina¹⁵¹ invoca o artigo 50º do RGCO para fundamentar que apenas existe arguido, num processo contra-ordenacional, após uma contra-ordenação que lhe seja imputada pois é o momento em que esse regime refere o direito de defesa do arguido. Para isso, supõe-se que está já identificada uma infração a imputar ao agente por via de um auto de notícia ou de uma acusação¹⁵². Após essa constituição, o visado ficará a beneficiar do mesmo estatuto que um arguido em processo penal, podendo invocar o princípio *nemo tenetur*. Num primeiro plano, poderá invocar o direito ao silêncio que o impedirá de prestar declarações sobre factos que o podem vir a responsabilizar criminalmente. Há um consenso, quer jurisprudencial quer doutrinal, quanto à aplicação do direito ao silêncio quanto aos factos que enformam a suspeita, sendo que recusar essa garantia seria uma exigência inaceitável pois que seria inconstitucional¹⁵³. Deve entender-se que, pelo menos, irá cessar o dever de colaboração do arguido quanto aos factos que o possam responsabilizar, podendo exercer o seu direito ao silêncio¹⁵⁴ de modo a não ter de prestar declarações ou responder a perguntas.

Num segundo plano, quanto ao direito à não auto-incriminação, que permite proteger o arguido perante ordens de entrega de documentos e outros elementos auto-incriminatórios, os entendimentos são já distintos. O TC, no Acórdão nº 461/2011, refere que os deveres de colaboração previstos na lei “comprimem o conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação” apenas deixando “intocado o seu conteúdo útil essencial (...) na vertente do direito a não prestar declarações sobre os factos imputados, atenta a sua virtualidade auto-incriminatória”. Não abrange, contudo, a possibilidade de o arguido se recusar a prestar informações e esclarecimento ou a entregar documentos que estejam em seu poder, tendo em conta ao seu conteúdo objetivo e inconclusivo, que não permite obter um juízo valorativo no sentido auto-incriminatório¹⁵⁵.

¹⁵¹ Como refere também PINA, Cláudia Verdial, 2012, pág. 65, “no processo de contra-ordenação não há fundamento legal que imponha a constituição de arguido no mero decurso da supervisão e em momento prévio à notificação de acusação”. Também nesse sentido, BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 396, onde refere que a autoridade administrativa só pode dar cumprimento ao direito de defesa do arguido “após o apuramento dos factos essenciais que constituem a contra-ordenação, de modo a que o arguido saiba sobre que contra-ordenação há-de pronunciar-se”.

¹⁵² PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 92, referindo que até que haja essa constituição como arguido, a pessoa em causa é designada, à luz do artigo 49º do RGCO como “agente” (artigo 49º) e não como arguido.

¹⁵³ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 40 a 41. Nesse sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 206/14.5YUSTR.L1-5 de 26 de Maio de 2015.

¹⁵⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 95.

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 366/11 de 11 de Outubro de 2011; também nesse sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 206/14.5YUSTR.L1-5 de 26 de Maio de 2015, onde considera

Quanto a nós, consideramos que no âmbito de um processo contra-ordenacional, quando já tenha sido imputada uma infração, o visado passa a ser arguido e deve ter direito a um estatuto equivalente ao vigente no processo penal, garantindo-lhe o direito ao silêncio previsto no artigo 61º, nº1, al. d)¹⁵⁶ e o direito à não auto-incriminação que, apesar de sem consagração expressa, resulta da consagração do princípio *nemo tenetur* como uma garantia de defesa constitucional. Mesmo que sem consagração expressa e mesmo sendo um direito que é possível de ser restringido, não pode ser esvaziado pelo facto de os visados atuarem num sector onde se exige a colaboração dos visados e por se entender que todos os elementos trazidos pelo arguido terão um conteúdo objetivo e livre um sentido auto-incriminatório¹⁵⁷. Assim, mantém-se o dever de colaboração do arguido no sentido da obrigatoriedade de entrega de documentos e variados elementos que estejam em seu poder, mesmo que auto-incriminatório, mas ficará a resumir-se apenas àqueles a que correspondam obrigações legais de conservação e registo pois são estes que se fundamentam numa lei prévia e expressa. Discordamos, portanto, que o arguido apenas pode legitimamente recusar-se a responder a questões de conteúdo auto-incriminatório e, quanto a tudo o resto, recai num dever de sujeição do artigo 61º, nº3, al. d) do CPP.

O exercício destes direitos irá então desencadear uma suspensão dos deveres legais de informação e de fornecimento de elementos às entidades de supervisão. Como refere Frederico da Costa Pinto¹⁵⁸, num processo de contra-ordenação, o dever de colaboração pode legitimamente cessar mas apenas no sentido do direito ao silêncio enquanto possibilidade de omissão de resposta por aplicação subsidiária do regime do arguido do CPP. Contudo, discordamos que o único limite a esta manutenção dos deveres de colaboração, encontra-se nesse direito de recusa de declarações sobre os factos que enformam a suspeita¹⁵⁹.

que o princípio *nemo tenetur*, num processo contra-ordenacional, não permite ao arguido recusar-se à prestação de informações e a entrega de documentos devido à sua dimensão objetiva e sem conteúdo conclusivo ou valorativo no sentido auto-incriminatório.

¹⁵⁶ Como refere PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 94 e 95, num processo de contra-ordenação “pode existir um direito ao silêncio por parte do arguido, pois esse estatuto formal atribuído pelo artigo 50º do RGCO permite invocar o regime do 61º e o conteúdo da al. d), nº1”.

¹⁵⁷ Também nesse sentido, ANDRADRE, Tiago da Costa, 2017, pág. 192 e 193, onde refere que “apesar de, pela natureza das coisas, o núcleo do *nemo tenetur* se identificar de forma mais facilmente observável com as declarações escritas e orais do arguido, a garantia deve abranger também a entrega de documentos, independentemente da sua natureza ou momento da sua constituição”.

¹⁵⁸ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 94 e 95.

¹⁵⁹ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 40 e 41 que defende este limite, podendo haver recusa de declarações sobre os factos imputados.

3. A manutenção da sujeição ao cumprimento dos deveres de colaboração perante o poder sancionatório das autoridades de supervisão e perante a eventualidade de um processo sancionatório

De suma importância e que agora nos propomos tratar recai na necessidade de averiguar da possibilidade de o visado pelos deveres de colaboração, perante uma eminente auto-incriminação, invocar o princípio *nemo tenetur* de modo a incumprir, legitimamente, e suspender os deveres a que está sujeito. Isto coloca-se num momento prévio a qualquer processo sancionatório, situando-se ainda no procedimento administrativo de supervisão levado a cabo pelas autoridades administrativas. Uma fase prévia a um processo de natureza contra-ordenacional ou criminal, uma fase preventiva, de inspeção e fiscalização pela autoridade de supervisão. Está aqui, evidentemente, em confronto dois interesses para o visado: por um lado, o legítimo interesse em não se auto-incriminar por via do cumprimento dos deveres a que está sujeito, por outro lado, o cumprimento dos deveres legais de colaboração para com as entidades de supervisão.

3.1.A eventualidade de um processo contra-ordenacional

Muitos dos poderes e competências legais das autoridades de supervisão são exercidos ainda numa fase inspetiva, fiscalizadora, em que cabe à autoridade de supervisão investigar e recolher meios de prova de modo a esclarecer a possibilidade de cometimento de infrações contra-ordenacionais. Do lado do visado, este está obrigado a cooperar com as autoridades de supervisão, prestando esclarecimento e fornecendo os elementos solicitados. Há quem entenda que esse dever de colaborar não deve manter-se se o mesmo vier a desencadear a própria incriminação do visado num eventual processo contra-ordenacional sob pena de a sua manutenção violar o princípio *nemo tenetur*, significando uma contribuição coativa do próprio visado para a sua auto-incriminação. O argumento mais evidente poisa no facto de as autoridades administrativas possuírem ambas as competências, quer do procedimento de supervisão quer do processo contra-ordenacional. Assim, compete-lhes não só o controlo e a fiscalização do cumprimento de normas aplicáveis ao sector como também garantir a efetiva tutela sancionatória, podendo instaurar processos contra-ordenacionais contra os visados, causando uma certa indeterminação das fronteiras entre a fase de inspeção e o processo contra-ordenacional. Efetivamente, no exercício da sua tarefa de fiscalização, pode surgir a suspeita da prática de uma infração contra-ordenacional. De modo a conseguirem obter mais elementos de prova que

fundamente um processo sancionatório, por via da colaboração do visado, podem optar por prolongar a fase inspetiva de supervisão, tardando o mais possível a constituição de arguido, momento em adquiriria o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação.

Poder-se-ia defender uma separação entre a componente de supervisão e a componente sancionatória, optando por uma “separação normativa e fáctica dos processos”¹⁶⁰, garantindo desse modo uma compatibilização entre o cumprimento desses e a proteção do princípio *nemo tenetur*. Ainda assim, recusamos este entendimento. Esta interligação de processos é a solução dominante entre nós¹⁶¹, incluindo sempre, nestas autoridades, ambos os poderes devido ao seu carácter indissociável. Mostra-se ser uma solução constitucional¹⁶². Os deveres de colaboração são tidos como constitucionais e desempenham uma importante função de salvaguarda de interesses comunitários que não podem simplesmente ser postos em causa pelo receio do visado em se auto-incriminar, o que daria asas a colocar estes deveres na subjetividade do visado, contrariando a teleologia da supervisão. No fundo, as autoridades de supervisão ficariam dependentes dos contributos do visado e da sua boa vontade.

Recusamos também que perante esta eventual auto-incriminação, o visado deva ser constituído arguido preventivamente para que desse modo não tivesse de fornecer contributos auto-incriminatórios que poderiam depois fundamentar a instauração de um processo sancionatório. Isso equivale a contrariar as virtualidades que estes deveres de colaboração visam alcançar principalmente quando ainda se está apenas na fase organicamente administrativa e ainda não ocorreu a imputação de uma infração contra-ordenacional. Se perante a utilização de informações desfavoráveis conseguidas na fase de supervisão, o visado pudesse ser constituído arguido ou pudesse sê-lo a seu pedido nos termos do artigo 59º, nº2 do CPP, investido nessa qualidade, passaria a dispor do leque de direitos do arguido. Mas, isso equivale a uma aplicação do princípio *nemo tenetur* ainda antes de um processo sancionatório, de modo a que sempre que seja solicitado ao visado elementos com natureza auto-incriminatória, este possa invocar o princípio e recusar a

¹⁶⁰ Esta solução é levantada por DIAS, Augusto Silva, 2012, pág. 436 e 437, no contexto do setor do Direito Tributário.

¹⁶¹ Ver BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 427 e 428 onde considera que se trata de competências da mesma entidade pois, são funções indissociáveis uma da outra: verificar o cumprimento das normas e retirar as devidas consequências em caso de incumprimento. No artigo 358º, al. e) e 360º, nº1 3) do CdVM está consagrado isto mesmo.

¹⁶² Nesse sentido, ver DIAS, Augusto Silva, 2012, pág. 436 e 437 onde, apesar de indicar como solução a separação de ambos os processos, considera que a permanência desta interligação não levanta problemas de inconstitucionalidade.

fornecê-los. Claro está que esta solução geraria consequências com elevada danosidade. A solução não pode passar pela constituição prévia de arguido, nesta fase, para que os elementos possam ser obtidos validamente. A fase de supervisão e fiscalização não pode ser sujeita ao regime jurídico do inquérito criminal.

Deve ser reconhecida autonomia legal e procedimental à fase de supervisão desencadeada por estas autoridades que lhes permite, caso suspeitem da prática de uma infração, solicitar elementos que comprovem essa suspeita ou a afastem. O procedimento administrativo de supervisão não se confunde com o próprio processo contra-ordenacional e por isso não exige a aplicação de regras do processo penal como sejam a constituição de arguido. Nem mesmo se deve confundir a fase organicamente administrativa do processo contra-ordenacional com o processo penal pois, o processo contra-ordenacional contém uma fase de investigação, antes da imputação da infração, que deve ser salvaguardada sob pena de se frustrar as finalidades da supervisão que, necessariamente, contém uma componente sancionatória. Quer no procedimento de supervisão quer na fase organicamente administrativa, as autoridades administrativas estão apenas a atuar no âmbito dos seus poderes de supervisão e fiscalização, podendo pedir elementos e esclarecimentos se tiverem a suspeita de cometimento de uma infração contra-ordenacional, não estando vinculadas aos formalismos que um inquérito criminal acarreta, tendo os visados o dever de colaborar nessa tarefa. Afinal, uma componente da supervisão destina-se, necessariamente, a esclarecer se foi ou não cometida uma infração, não se aplicando, nessa fase, direitos equivalentes ao estatuto de arguido pois apenas se trata de uma função de esclarecimento de uma suspeita. O poder sancionatório das autoridades de supervisão apenas se exerce quando se confronta o visado com uma infração que pode ter cometido sendo que só a partir daí se segue o regime do processo de contra-ordenação.

Resulta que, não existe um quadro legal que imponha que se trate a fase organicamente administrativa do processo de contra-ordenação com o regime do inquérito criminal. Nem mesmo que se compatibilize todos os atos de supervisão com o regime dos atos de um processo de contra-ordenação, sujeitando todos os atos ao regime do direito processual penal¹⁶³. O processo de contra-ordenação contém¹⁶⁴, além da fase judicial facultativa, uma fase organicamente administrativa que é obrigatória e prévia, onde se

¹⁶³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 87 e 88.

¹⁶⁴ Descrição de ambas as fases do processo contra-ordenacional retirada de PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 87 a 94.

imputa uma infração, ouve-se o arguido, realizam-se as diligências necessárias ou requeridas e profere-se uma decisão ou de arquivamento ou de aplicação de coima. É evidente, portanto, que este processo contém especificidades que determinam soluções específicas. Derivado a esta especificidade, a aplicação subsidiária dos preceitos do processo penal no âmbito de um processo contra-ordenacional, nos termos do artigo 41º do RGCO, deve sempre preservar a autonomia deste o que implica que essa aplicação não seja automática e imediata. Antes, depende de um juízo prévio de adaptabilidade e de necessidade de modo a ter em conta as especificidades em causa¹⁶⁵. No mesmo sentido se orienta a jurisprudência do TC¹⁶⁶, concluindo da “não aplicabilidade direta e global aos processos contra-ordenacionais dos princípios constitucionais próprios do processo penal”. Esta autonomia deve ser assegurada, essencialmente, perante a fase organicamente administrativa do processo administrativo que se trata de uma etapa totalmente específica e sem paralelo no processo penal.

Defender, portanto, uma suspensão dos deveres de colaboração quando se esteja perante uma iminente auto-incriminação corresponderia a uma proteção do princípio *nemo tenetur* levada até às últimas consequências, impedindo qualquer colaboração do visado com as autoridades administrativas mesmo que ainda não houvesse, por parte destas, qualquer suspeita da prática de uma infração contra-ordenacional. Resta referir que está assente na doutrina¹⁶⁷ e jurisprudência¹⁶⁸ que essa exigência de colaboração se mantém mesmo que dela resulte a sua auto-incriminação e levante suspeita da prática de um infração contra-ordenacional, não podendo o princípio *nemo tenetur* ser levado às últimas consequência de impedir toda e qualquer colaboração do visado.

Consideramos ser de consagrar apenas uma ressalva. Apesar de concordamos que a constituição como arguido apenas deve ocorrer quando ocorra a imputação de uma infração, também entendemos que deve haver uma válvula de escape que impeça que a autoridade de supervisão continue a exigir a colaboração do visado quando este já deveria

¹⁶⁵ BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 383 a 388. Neste caso, relativo ao setor da supervisão do Mercado de Valores Mobiliários, ver PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 87 a 91.

¹⁶⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 366/11 de 11 de Outubro de 2011.

¹⁶⁷ Neste sentido, no domínio da regulação da concorrência e sobre os poderes da autoridade da concorrência, ver BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 39 que considera que nessa ponderação de interesses, o legislador optou pela “prevalência do interesse na descoberta da verdade material e da realização da justiça contra-ordenacional”.

¹⁶⁸ No Acórdão do TJUE nº 374/87 de 18 de Outubro de 1989 (Orkem), o TJUE decidiu, em matéria de processos instaurado pela Comissão Europeia contra empresas, com base no direito da concorrência, que a Comissão pode exigir a entrega de elementos às empresas mesmo que esses elementos sirvam para comprovar a existência de um ilícito e desencadeie o respetivo procedimento sancionatório especial.

ter sido constituído arguido. Se a autoridade de supervisão já dispõe de elementos suficientes para imputar a infração e mantém o visado numa situação de sujeição aos deveres de colaboração de modo irrestrito e amplo, então consideramos que nesses casos, o visado deveria ter legitimidade para requerer a sua constituição como arguido, à luz do artigo 59º, nº2 do CPP. Portanto, essa invocação não pode ocorrer quando o visado considere que está a ser sujeito a “diligências, destinadas a comprovar a imputação” pois, esse mesmo é o objetivo da fase orgânica do processo contra-ordenacional. Mas, se o visado considera que está a ser obrigado a cooperar para a sua auto-incriminação num momento em que as autoridades de supervisão já poderiam imputar uma infração, então este deveria poder requerer a sua constituição como arguido para se salvaguardar, sobretudo, de depoimentos auto-incriminatórios.

3.2.A eventualidade de um processo criminal

O mesmo se passa quando desses poderes de supervisão resulte a prática de um crime infrassistemático¹⁶⁹, isto é, se resultar indícios de que o visado cometeu um crime inerente ao sistema. No decorrer dos poderes de supervisão, especificamente, de fiscalização, pode a autoridade de supervisão desenvolver diligências destinadas a verificar o cumprimento das normas impostas, podendo levar a cabo inspeções e inquéritos. Dessas diligências podem surgir factos com relevância criminal tendo essa autoridade de comunicar esses factos à autoridade competente para a sua investigação, como seja o MP¹⁷⁰. Esses factos criminalmente relevantes podem, contudo, servir para fundamentar quer crimes inerentes ao sector¹⁷¹ como também outros crimes, tendo em ambos os casos, a autoridade de supervisão o dever de comunicar às autoridades competentes. Caso paradigmático de um sector onde existem tipos criminais inerentes ao sector é o Mercado de Valores Mobiliários, onde pode imputar-se aos visados o crime de manipulação do mercado e abuso de informação privilegiada. A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito dos seus poderes legalmente atribuídos, pode dar início a processos de averiguações preliminares, previstos no art. 383º, nº2 do CdVM. Contudo, mesmo após a suspeita da prática de um crime, no âmbito de averiguações preliminares que se destinam a verificar e esclarecer a existência de indícios da prática de crime contra o mercado, a

¹⁶⁹ Conceito retirado de SILVA, Sandra Oliveira e, 2018, pág. 526.

¹⁷⁰ Nesse sentido, PINA, Cláudia Verdial, 2012, pág. 51.

¹⁷¹ Em alguns setores sujeitos a supervisão, estão previstas, além de infrações contra-ordenacionais, também infrações criminais. É o caso do Direito Tributário e do Direito dos Valores Mobiliários. Quanto ao Direito Tributário, ver Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº 15048/09.1IDPRT.P1 de 27 de Fevereiro de 2013 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães nº 97/06.0IDBRG.G2 de 20 de Janeiro de 2014.

autoridade de supervisão mantém os poderes para exigir todos os elementos que considere necessários para essa função junto das entidades supervisionadas. Mesmo perante a suspeita da prática de um crime, a autoridade de supervisão pode continuar a exercer os seus poderes e requerer elementos, documentos ou esclarecimentos, permanecendo o supervisionado obrigado ao cumprimento desses deveres.

Com esses elementos a autoridade de supervisão pode não só instruir processos contra-ordenacionais, que são da sua competência e da sua autoridade, mas também poderá comunicar as informações que tenha à autoridade competente pela ação criminal. Ainda assim, diferentemente dos processos contra-ordenacionais, estão em causa diligências que visam comprovar factos criminalmente relevantes. Daí que se considere que no âmbito de uma eventual responsabilização criminal, deva ter-se em conta a possibilidade de se aplicar o artigo 59º, nº2 do CPP¹⁷², podendo o suspeito recusar-se a ceder informações e elementos e, ao mesmo tempo, pedir, a sua constituição como arguido. Mas, os argumentos mantêm-se. Apenas está em causa uma fase prévia de supervisão não sendo equivalente a um inquérito criminal. Apesar de se tratar de factos criminalmente relevantes, apenas se está a proceder a uma função de esclarecimento e investigação. Além disso, as autoridades de supervisão, nesta fase, não têm poder para proceder à constituição de arguido pois não se trata de uma entidade competente, à luz do artigo 58º, nº2 do CPP. A manutenção de sujeição aos deveres de colaboração resulta de uma exigência legal que não exceciona os casos em que se desencadeia uma responsabilização a nível penal, portanto, devem manter-se os deveres de colaboração.

Portanto, a eventualidade de o agente estar a contribuir para a sua auto-responsabilização num futuro processo sancionatório, criminal ou contra-ordenacional, trata-se de uma “consequência reflexa”¹⁷³ e que não pode ser recusado pelo visado, tendo de continuar a colaborar com a atividade fiscalizadora da autoridade de supervisão. Mesmo que dessa atividade resulte a imputação de crimes ou contra-ordenações¹⁷⁴. Legitimar a recusa de colaboração nesta fase prévia, com base no princípio *nemo tenetur*, seria um

¹⁷² Nesse sentido, SANTIAGO, Bruno Vinga, “O regime das averiguações preliminares no Código dos Valores Mobiliários de 1999”, 2001, pág. 15 a 16.

¹⁷³ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 45.

¹⁷⁴ Contudo, DIAS, Augusto Silva, 2012, pág. 439 dá a conhecer uma “solução ímpar” no ordenamento jurídico português que otimiza o princípio *nemo tenetur* no âmbito do Direito Tributário, especificamente, do planeamento fiscal, em que “do cumprimento dos deveres de cooperação no domínio do planeamento fiscal não pode advir responsabilidade penal ou contra-ordenacional para o respetivo destinatário”. Essa solução consta do Decreto-lei nº 29/2008, de 25 de Fevereiro de 2008, artigo 12º. Portanto, as informações prestadas no cumprimento dos deveres de cooperação não implicam a responsabilidade para aquele que as solicitou.

“risco sério de paralisação e comprometimento de um exercício minimamente eficaz das funções de supervisão e fiscalização”¹⁷⁵.

3.3. Tutela sancionatória do incumprimento dos deveres de colaboração

As normas legais que prevêm os deveres de colaboração revestem natureza sancionatória que pode recair, por vezes, em infrações de natureza criminal mas, na sua grande maioria, revestem infrações de natureza contra-ordenacional¹⁷⁶. Deste modo, considera-se que os deveres de colaboração são obrigações legais que são “reforçados”¹⁷⁷ pois, prevê-se, para o seu incumprimento, a cominação de sanções. A tutela sancionatória do seu incumprimento permite garantir uma efetiva transparência e a efetividade dos poderes da autoridade de supervisão, o que se assume como uma contrapartida legal do privilégio de acesso aos setores regulados pelos profissionais autorizados¹⁷⁸. É assente que o incumprimento desses deveres apresenta dignidade suficiente para gerar responsabilidade pois, são deveres legítimos e constitucionais¹⁷⁹. Já Nuno Brandão¹⁸⁰ tratou da problemática da dignidade penal destes ilícitos que surgem como reação à desobediência das entidades supervisionadas, face aos bens jurídicos tutelados. Esses bens jurídicos tutelados são supra-individuais que visam proteger a realização da função de supervisão e a realização das funções de justiça sendo que a prossecução dos mesmos permite dar um fundamento material a esses deveres impostos aos visados. A afetação destes bens possui uma danosidade social elevada, podendo acarretar imensos custos sociais e distorções de grande amplitude, sendo de evitar as falhas de supervisão e as quebras de lealdade e colaboração das entidades supervisionadas para com os supervisores¹⁸¹. Assim, o seu incumprimento assume uma ofensa com dignidade penal aos bens jurídicos objeto de proteção. Essa dignidade penal permite selecionar os comportamentos que podem pertencer à esfera criminal mas, apesar de ser um comportamento com dignidade penal, pode não ser “digno de pena”, podendo ser qualificado, antes, como contra-ordenação, sendo isso uma escolha

¹⁷⁵ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 50.

¹⁷⁶ Sobre a previsão de contra-ordenações em consequência do incumprimento de deveres de colaboração impostos pela ANACOM, ver o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 624/12 de 31 de Janeiro de 2013.

¹⁷⁷ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 45.

¹⁷⁸ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 84.

¹⁷⁹ Nesse sentido também o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 624/12 de 31 de Janeiro de 2013.

¹⁸⁰ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 29 a 55.

¹⁸¹ *Idem*, pág. 41. Uma perspectiva relativa aos bens jurídicos supra-individuais protegidos pelo Direito Penal Económico, ver RAMOS, Luis Rodríguez, “Secundariedad del derecho penal económico”, 2001, pág. 36 a 41.

legal legítima¹⁸². A escolha do legislador entre sancionar o incumprimento destes deveres como uma contra-ordenação ou como crime trata-se não da falta de dignidade penal das primeiras em razão das segundas mas, antes, por motivos de desnecessidade de pena e de modo a manter o controlo e o sancionamento destas falhas de colaboração na mão daquelas entidades que os impõem¹⁸³. Resta concluir que esta tutela sancionatória do incumprimento destes deveres determina que se esteja perante uma “situação de sujeição coativa para os visados”¹⁸⁴, pois que os seus contributos são fruto de um dever e não de uma opção livre de colaborar.

4. Utilização dos elementos obtidos na fase de supervisão em consequente processo contra-ordenacional

A possibilidade de utilização dos elementos obtidos na fase de supervisão, que tenham conteúdo auto-incriminatório, em eventual processo contra-ordenacional implica uma afetação do princípio *nemo tenetur*. Efetivamente, trata-se da utilização de meios de prova trazidos pelo visado à luz dos deveres de colaboração que tinha para com a entidade de supervisão, consubstanciando-se numa colaboração do arguido para a sua própria incriminação coativa pois que sob ameaça de aplicação de contra-ordenação ou crime de desobediência em caso de incumprimento.

Há por isso quem defenda essa não valorização no processo contra-ordenacional¹⁸⁵ por corresponder a uma violação do princípio *nemo tenetur* e por se considerar que essa não utilização não prejudica os interesses prosseguidos nem impede a proteção dos bens jurídicos em causa. Pois, o visado sujeito a supervisão ao cumprir o seu dever de colaboração para com as entidades de supervisão consideraria estar a cumprir um dever no âmbito da supervisão e não já a fornecer elementos que seriam valorizados no âmbito sancionatório. Está, portanto, convencido de que os elementos que estava a fornecer, por obrigação legal, seriam utilizados apenas para os fins de supervisão a que estava legalmente obrigado e não já num processo contra-ordenacional de modo a fundamentarem a sua responsabilização. Mais, o visado não tinha sequer conhecimento de que havia

¹⁸² BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 32 a 33 e 53, onde refere este critério adicional da necessidade de pena. Refere ainda que o facto de se assumir estes comportamentos com dignidade penal não é sinónimo de um “plaidoyer” à sua criminalização, pág. 31 a 33.

¹⁸³ *Idem*, pág. 33.

¹⁸⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 82.

¹⁸⁵ BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 410 onde refere como seguidores desta tese Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, referida como tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração. Também nesse sentido, ANDRADRE, Tiago da Costa, 2017, pág. 201 e 202.

suspeita a recair sobre si e nem disso foi informado. Pelo que, utilizar esses elementos corresponderia por isso a uma violação do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação do visado, direito de que se poderia fazer valer se soubesse que estaria a ser alvo de um processo de contra-ordenação. Quanto a esses elementos, aplicar-se-ia a proibição de prova sendo nulas¹⁸⁶. Poder-se-ia defender-se, neste sentido, que apenas podem ser utilizados os elementos que tenham sido obtidos após constituição de arguido, ou seja, para utilizar esses elementos, o pedido dos mesmos tem de ter sido posterior à constituição de arguido.

Distanciando-se deste oposto de total inadmissibilidade do uso probatórios dos elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração do supervisionado, autores há que defendem essa admissibilidade por via da tese da restrição legítima do princípio *nemo tenetur*¹⁸⁷. Admite-se restrições a este princípio sendo que essas restrições existem justamente na imposição do cumprimento de determinadas obrigações legais necessárias à salvaguarda de valores constitucionais, garantindo-se o cumprimento do princípio da proporcionalidade do artigo 18º, nº2 da CRP. Retiram a possibilidade e necessidade, para o desempenho eficaz das funções de supervisão, da utilização dos elementos recolhidos junto das entidades supervisionadas que estes entregaram ao abrigo de um dever de prestação de informação e esclarecimento, constituindo essa utilização uma restrição ao princípio *nemo tenetur* prevista em lei expressa, cumprindo os critérios da CRP¹⁸⁸.

Tendemos a considerar que no campo do direito contra-ordenacional deve ser admitida uma utilização desses meios de prova de modo amplo. Pois, os deveres de colaboração estão previstos em normas legais que restringem expressamente o princípio *nemo tenetur* depois de se ter procedido a uma ponderação de interesses entre a efetiva proteção dos bens jurídicos e este princípio. Além disso, consideramos que essa comunicabilidade é necessária e não corresponde a uma mudança de fins ilegítima¹⁸⁹. Concordamos com a doutrina¹⁹⁰ que defende que a utilização dos elementos obtidos apenas após a constituição como arguido equivale a deixar todos os contributos do arguido na sua livre disposição. Além disso, implicaria a impunidade do visado, em muitos casos em que a autoridade de supervisão tinha conhecimento da prática do ilícito contra-ordenacional

¹⁸⁶ BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 417.

¹⁸⁷ Prosseguida por DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, pág. 44 a 45.

¹⁸⁸ *Idem*, pág. 48 e 49.

¹⁸⁹ Este conceito, embora seja referido no âmbito da utilização de elementos no processo penal, é referido por ANDRADE, Manuel da Costa, 2014, pág. 430 a 435.

¹⁹⁰ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 70.

mas era obrigada a arquivar o processo por falta de prova. Até porque não deve ser de exigir à autoridade de supervisão que para fazer face a esta impunidade, recorra a meios de obtenção de prova previstos na lei processual penal em vez de se optar pela utilização desses elementos que foram anteriormente trazidos pelo visado. Na verdade, isto equivale a uma inviabilização e desvalorização da supervisão¹⁹¹ e a uma “densificação formalista do direito à não auto-incriminação”¹⁹².

A supervisão é uma atividade com várias componentes sendo uma delas, obrigatória e necessariamente, a componente sancionatória. Esta permite não só identificar possíveis infrações como também, com base nisso, instruir processos e decidi-los¹⁹³, aplicando coimas por infrações contra-ordenacionais previstas na lei. Sendo a função da supervisão o controlo do cumprimento das normas, o controlo apenas é eficaz se após deteção de infratores for possível a sua responsabilização dando cumprimento ao princípio da legalidade de promoção¹⁹⁴. De que valeria fiscalizar o exercício da atividade pelos supervisionados e o cumprimento das normas implementadas se não se admitisse, depois, apurar da responsabilidade contra-ordenacional dos infratores? O mesmo quanto à recolha de elementos que visam garantir o cumprimento das normas. Essa recolha de nada valeria se depois não pudessem ser utilizados esses elementos para fundamentar o incumprimento em sede de um processo contra-ordenacional. De nada servia, assim, a oneração que recai sobre os supervisionados de cumprir os deveres instituídos¹⁹⁵.

O processo contra-ordenacional tem autonomia processual em relação ao processo criminal, principalmente, a sua fase organicamente administrativa onde apenas entra em ação uma única entidade que está encarregue não só da investigação e instrução do processo, como também da imputação dos factos ao arguido bem como a decisão do processo¹⁹⁶. Por isso, faz todo o sentido que essa entidade, que teve acesso aos vários elementos trazidos pelo visado, possa agora dar-lhes uso sob pena de se cortar a finalidade que se visa alcançar pela supervisão. Além disso, os visados sujeitos à supervisão têm conhecimento, ou deveriam ter, de que as autoridades a que prestam contas podem instruir

¹⁹¹ BRANDÃO, Nuno, 2014, pág. 50 onde refere que há uma necessidade de proteção da capacidade funcional das autoridades administrativas.

¹⁹² BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 416 a 417 onde levanta vários argumentos contra esta solução. A solução é contudo também defendida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 594/11.5TAPDL.L1-5 de 17 de Abril de 2012, relativamente aos poderes da autoridade INAC.

¹⁹³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009., pág. 78.

¹⁹⁴ BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 425.

¹⁹⁵ *Idem*, pág. 412 a 415, onde estas constatações são feitas.

¹⁹⁶ *Idem*, pág. 395.

processos se suspeitarem da prática de infrações. Não se trata, por isso, de criar uma convicção errónea nos visados de que estavam a ceder esses elementos meramente para efeitos de supervisão. Se estes poderes estão previstos em normas legais e amplamente regulados, devem ser do conhecimento dos intervenientes no sector¹⁹⁷. Devem ser uma possibilidade “conhecida ou cognoscível”¹⁹⁸ pelo visado, principalmente porque em causa estão agentes com conhecimentos especializados e profissionais. Portanto, a utilização desses elementos no processo contra-ordenacional como meio de prova pela autoridade administrativa trata-se de uma admissibilidade constitucional pois, foram obtidos legitimamente pelas autoridades de supervisão. A mesma tendência tem sido avançada pelo TRL no sentido de que nos processos de contra-ordenação os elementos entregues pelos visados “valem como prova em processo de contra-ordenação em que sejam visadas as entidades que os entregam”¹⁹⁹. Também no entendimento prosseguido pelo TC²⁰⁰, no “procedimento administrativo de supervisão” é evidente a possibilidade de utilização dos elementos obtidos pela autoridade administrativa no âmbito dos seus poderes de supervisão, num posterior procedimento contra-ordenacional.

5. Valoração dos deveres de colaboração no processo penal para infrações “intrassistemáticas”²⁰¹

De suma importância refere-se a possibilidade de utilização dos elementos trazidos pelo visado na fase de supervisão para o processo penal por crimes intrassistemáticos. Sendo que, estando agora na égide do processo penal, consideramos ser adequado adotar uma posição mais restrita. Em causa está, não um dever de entrega de elementos auto-incriminatórios pelo arguido, no decurso de um processo penal, antes, a utilização como prova nesse mesmo processo desses elementos que foram anteriormente trazidos e cedidos pelo arguido à autoridade administrativa, em face do cumprimento dos deveres de colaboração a que está sujeito. As autoridades de supervisão, além do poder de inspeção e fiscalização, detêm também poderes de investigação criminal. Como referido, é o caso da

¹⁹⁷ PINA, Cláudia Verdial, 2012, pág. 64 e 65. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº 594/11.5TAPDL.L1-5 de 17 de Abril de 2012, no âmbito da supervisão da entidade INAC, considera contudo que a autoridade de supervisão deveria informar o visado de que esses elementos poderiam vir a servir para a instrução de um processo de contra-ordenação, sob pena de se tratar de prova nula por ter sido perturbada a liberdade de decidir da visada.

¹⁹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 366/11 de 11 de Outubro de 2011.

¹⁹⁹ BOLINA, Helena Magalhães, 2010, pág. 389 a 393, onde a autora, na sua obra, permite retirar uma conclusão sobre a evolução desta temática no âmbito do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa e do Tribunal da Relação de Lisboa.

²⁰⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 366/11 de 11 de Outubro de 2011.

²⁰¹ Conceito dado por SILVA, Sandra Oliveira e, 2018, pág. 526.

CMVM que, em matéria criminal, detém competências para realizar averiguações preliminares que podem dar origem a uma participação criminal fundamentada, isto é, a uma notícia de um crime, nos termos dos artigos 386º do CdVM. Contudo, após a participação criminal todo o processo é da competência das autoridades judiciais a quem cabe dirigir as subsequentes fases processuais do processo criminal. Por isso, as autoridades de supervisão, nestes processos criminais, não têm poderes autónomos de intervenção, “limitando-se a oferecer às autoridades judiciais a colaboração solicitada”²⁰². Está visto que, estando-se perante uma criminalidade distinta da tradicional, isto é, uma criminalidade económica²⁰³ que coloca em palco agentes, factos e meios de prova distintos, assume grande relevância o papel levado a cabo pelas autoridades de supervisão, na articulação que deve ser feita entre o sector em causa e as autoridades judiciais como seja o MP²⁰⁴. São as autoridades de supervisão que têm maior conhecimento dos factos e uma maior amplitude de conhecimento e que mais facilmente consegue proceder à recolha de prova pois, têm conhecimentos especializados e têm o poder de investigação dos factos, não tendo o MP, em regra, um contacto imediato e direto com as fontes da criminalidade económica²⁰⁵. Deste modo, esta articulação garante uma efetiva perseguição criminal dos tipos incriminadores inerentes a cada específico sector. Permite também filtrar a informação obtida pelas autoridades de supervisão. No caso das averiguações preliminares, estas funcionam como um “filtro técnico especializado”²⁰⁶ que permite transmitir apenas factos relevantes criminalmente às autoridades judiciais competentes, preenchendo os tipos incriminadores específicos por via da investigação que é feita por entidades com capacidade técnica especializada. Até porque, nestes setores, o próprio conceito de notícia do crime está necessariamente dependente de valorações técnicas²⁰⁷ o que pressupõe um exercício de leitura técnica dos elementos recolhidos e só depois disso, a comunicação dos factos com relevância criminal às autoridades judiciais competentes.

²⁰² Ver Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, *Contraordenações e crimes no mercado de valores mobiliários: o sistema sancionatório, a evolução legislativa e as infrações imputadas*, 2015, pág. 12.

²⁰³ Sobre a evolução do Direito Penal Económico e suas características, ver RAMOS, Luis Rodríguez, 2001, pág. 35 a 64.

²⁰⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, 2000, pág. 101 a 104. Também o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 563/2015 de 08 de Junho de 2016, onde se considera que a criminalidade económica e financeira coloca novos e complexos desafios distintos da criminalidade tradicional.

²⁰⁵ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2000b, pág. 103.

²⁰⁶ *Idem*, pág. 106.

²⁰⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 563/2015 de 08 de Junho de 2016.

Contudo, estas competências não extrapolam os poderes de supervisão destas autoridades pois consistem numa investigação criminal prévia. Na verdade, estes poderes de investigação cabem ainda dentro dos poderes de supervisão, sendo uma componente específica da mesma²⁰⁸. Trata-se, portanto, de uma articulação entre diferentes entidades, todas elas com legitimidade para intervir pois são poderes legalmente atribuídos²⁰⁹. Não se trata de um qualquer problema de inconstitucionalidade o facto de a investigação ter sido começada por uma autoridade de supervisão e não pelo Ministério Público, titular da investigação criminal²¹⁰. Contudo, apesar dessa articulação entre diferentes entidades, fundamentada num comando legal legitimador, entendemos que deve haver uma limitação na atuação das autoridades administrativas.

As autoridades de supervisão, no exercício destes poderes de investigação, devem ter um limite de intervenção, devendo abster-se de elaborar toda uma investigação para ser apresentada pronta e terminada ao MP, verdadeiro titular da ação penal. Recebida a notícia de factos passíveis de configurarem a prática de crime contra o sector, a autoridade de supervisão deve proceder à recolha dos indícios suficientes para imputar o ilícito ao suspeito de modo a afastar a hipótese de os factos reconduzirem antes a uma contra-ordenação²¹¹. Do lado das autoridades judiciais, estas devem receber a notícia da prática de um crime e de receber os elementos relevantes nos termos do artigo 386º do CdVM. Contudo, terão de ser estas a desencadear diligências probatórias não podendo contentar-se com a utilização de todo o material conseguido coativamente pelas autoridades de supervisão. Deve respeitar-se aquilo que é o modo de aquisição de prova em processo penal, não podendo aceitar-se uma total interligação de elementos entre a fase de fiscalização e o processo penal.

Posto isto, consideramos que é exatamente neste ponto que se pode entrar em conflito com o princípio *nemo tenetur* se o produto da investigação dessas averiguações preliminares transitar para o processo penal instaurado contra o visado que as forneceu. Pois, a lei não prevê qualquer limite a essa transmissão dos elementos para o processo penal, nem mesmo à sua utilização.

²⁰⁸ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2000b, pág. 106. Também é conclusão acompanhada pelo Tribunal Constitucional como se evidencia no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 563/2015 de 08 de Junho de 2016.

²⁰⁹ *Idem*, pág. 104.

²¹⁰ Com a conclusão da sua constitucionalidade, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 563/2015 de 08 de Junho de 2016.

²¹¹ Tese defendida por PINA, Cláudia Verdial, 2012, pág. 53 a 55.

Há doutrina²¹² que defende a solução mais restritiva que implica a proibição de valoração desses elementos num eventual processo penal pois, se no cumprimento desses deveres a pessoa foi coagida a prestar elementos auto-incriminatórios então esses elementos não podem passar para o processo penal sob pena de violar o princípio *nemo tenetur*. Para fundamentar essa orientação, prossegue-se ainda com o princípio da vinculação ao fim pois, a utilização desses elementos vai ser feita com uma finalidade diferente daquela que gerou a sua entrega constituindo uma mudança de fins ilegítima²¹³. Estando em causa distintas finalidades prosseguidas pelo procedimento inspetivo e o processo sancionatório penal, esses elementos só podem ser usados no âmbito da supervisão mas não para fins sancionatórios, havendo uma proibição de utilização.

Contudo, a nível de jurisprudência do TC, diríamos que está assente a possibilidade desta utilização. No Acórdão nº 360/2016²¹⁴, relativo à apreciação da constitucionalidade das averiguações preliminares levadas a cabo pela CMVM, o TC afirma sem margem de dúvida que o resultado obtido no âmbito da supervisão, como sejam em sede de averiguação prévia, pode ser utilizado posteriormente como prova em processo penal pela prática de crimes contra o mercado. Também no Acórdão nº 340/2013²¹⁵, agora no âmbito do direito tributário, decidiu o TC que os documentos obtidos na fase de inspeção tributária ao abrigo dos deveres de colaboração podem vir a ser utilizados como prova em processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal movido contra o contribuinte²¹⁶.

O nosso entendimento não é distinto do prosseguido pelo TC mas, contudo, defendemos alguma limitação e exatidão na utilização e valoração desses elementos. Defendemos uma solução que se compatibiliza e que é coerente com o que defendemos até aqui relativamente ao princípio *nemo tenetur*. A utilização desses elementos em processo penal é admissível pois, consubstancia-se numa restrição legal ao princípio *nemo tenetur*. Pois, no caso do sector dos mercados financeiros, estão legalmente contempladas as prerrogativas da CMVM no exercício da sua competência para o processo de averiguações

²¹² ANDRADE, Manuel da Costa, 2014, pág. 430 a 438, no âmbito do Direito Tributário.

²¹³ *Idem*, pág. 430 a 435. Relativamente a este princípio, ver ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão passado*”, *A Reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, 2009, pág. 119 a 122 onde refere que se aplica em todas as “formas de utilização de dados pessoais para fins diferentes daquele que está na origem da legitimação da sua recolha”.

²¹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 563/2015 de 04 de Janeiro de 2017.

²¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 817/12 de 17 de Junho de 2013.

²¹⁶ Pois, isso constituiria uma restrição do princípio *nemo tenetur* constitucionalmente aceitável, à luz dos critérios do 18º/2 da CRP. No âmbito do Direito Tributário e a favor da utilização dos elementos documentais: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº 15048/09.IIDPRT.P1 de 27 de Fevereiro de 2013 e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães nº 97/06.0IDBRG.G2 de 20 de Janeiro de 2014.

preliminares nos termos do 385º pelo que, expressamente a lei prevê que concluído esse processo, a CMVM remete esses elementos relevantes à autoridade judiciária, nos termos do artigo 386º. Consubstancia-se, portanto, numa restrição do princípio *nemo tenetur* prevista em lei expressa e prévia. Assume-se também como proporcional pois, trata-se de uma restrição destinada à salvaguarda de outros valores constitucionais, como seja a salvaguarda dos mercados financeiros. Portanto, esta restrição está prevista no quadro das funções legais que competem às autoridades de supervisão, de modo a salvaguardar o cumprimento das suas funções de tutela de interesses constitucionais, impondo para isso a colaboração dos visados e a utilização dos elementos obtidos em posterior processo penal desencadeado nesse sentido. Contudo, não consideramos que a mera existência destes deveres de colaboração em lei expressa cumpra o requisito do artigo 18º, nº2 da CRP que impõe que a restrição conste de lei prévia e expressa. As normas que prevêem os deveres de colaboração restringem outros direitos fundamentais que não o princípio *nemo tenetur*²¹⁷.

Impedir totalmente essa comunicação seria inviabilizar a perseguição penal e seria levar à impunidade por falta de provas. Contudo, e aqui distinguindo-se a nossa posição, defendemos uma certa limitação nesta transmissão de elementos. Pois, apesar de ser uma restrição legítima do princípio *nemo tenetur*, não pode consubstanciar-se numa restrição que afete o núcleo essencial deste direito. Por isso, defendemos que apenas podem ser utilizados os elementos que também pudessem ser solicitados ao arguido em processo penal, respeitando desse modo os limites ao modo de aquisição da prova no processo penal. Assim se garante que está em causa uma restrição constitucional do princípio *nemo tenetur*. Podem ser trazidos para o processo penal todos aqueles elementos que seria exigível sujeitar o arguido a trazer ao processo, em função de um dever de entrega. Não é aceitável proteger o arguido no processo penal por via da limitação dos seus deveres de colaboração à luz do princípio *nemo tenetur* mas, ainda assim, deixar entrar no processo penal todos os elementos que as autoridades de supervisão tenham conseguido obter e que fundamentam a aplicação de um ilícito criminal. Enquanto num processo contra-ordenacional admitimos que as garantias do arguido não sejam tão intensas como num

²¹⁷ Neste aspeto concordamos ANDRADE, Manuel da Costa, 2014, pág. 392 a 396, que se pronunciou quando ao Direito Tributário, quando refere que o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 817/12 de 17 de Junho de 2013 não foi exato quando à necessidade de uma lei expressa e prévia para fundamentar a restrição do princípio *nemo tenetur* em causa. Pois, o que é exigível é sim leis que teriam de “prever e legitimar, autónoma e expressamente, a mudança de fim que se actualiza na migração de dados do procedimento tributário para o processo penal”.

processo penal, tendo em conta que estes processos passam necessariamente por uma fase organicamente administrativa levada a cabo pela mesma entidade que fiscaliza e controla o cumprimento das normas, o mesmo não pode passar-se no âmbito de um processo penal. Essa distinção deveria ser tida em conta sob pena de se considerar que as garantias de defesa de um processo contra-ordenacional são iguais às de um processo criminal.

Há que distinguir, portanto, os elementos obtidos que se consubstanciem em prova material como sejam documentos, arquivos e registos e a prova pessoal, como sejam declarações e depoimentos obtidos do visado²¹⁸. Os meios de prova recolhidos pelas autoridades de supervisão que se consubstanciem em documentos objetivos e que correspondam a obrigações legais de conservação e registo, ainda que com conteúdo auto-incriminatório, devem poder ser utilizados e valorados no processo penal. No exercício das suas prerrogativas, as autoridades de supervisão podem requerer à entidade supervisionada a entrega de documentos sendo que, a maioria, têm por detrás uma obrigação legal de conservar e de arquivar²¹⁹, consubstanciando-se, portanto, em documentos obtidos de modo legal e legítimo pelas autoridades de supervisão. Não causa, por isso, qualquer obstáculo a sua aquisição processual. Aliás, também em sede de processo penal vai ser possível exigir esses mesmos elementos documentais ao arguido, estando este numa situação de sujeição, tendo o dever de entrega. Contudo, releva apenas os documentos que contenham um conteúdo auto-incriminatórios e que tenham sido obtidos do visado no cumprimento de deveres legais com a consequência de o seu incumprimento gerar sanções criminais e contra-ordenacionais. O facto de terem sido obtidos de modo coativo, isto é, com a ameaça de cominação de uma contra-ordenação ou do crime de desobediência, não acarreta qualquer problema de validade dos elementos obtidos²²⁰, não originando prova proibida. Esta situação de sujeição coativa também acontece no âmbito do processo penal quando é exigida colaboração ao arguido sendo que a sua recusa pode implicar a cominação do crime de desobediência. Não relevam também aqueles elementos que estejam no processo por via dos meios de obtenção de prova previstos no CPP pois, quanto a estes, não se coloca a questão da auto-incriminação pelo visado. Quando aos demais documentos, que não correspondam a uma exigência legal mas que tenham um conteúdo

²¹⁸ Uma distinção deste modo é feita também pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº 15048/09.1IDPRT.P1 de 27 de Fevereiro de 2013, no âmbito da utilização de “declarações” obtidas em procedimento tributário desencadeado pela autoridade tributária no processo penal por crime de abuso de confiança fiscal.

²¹⁹ Como consta do artigo 307º e 307ºB do CdVM.

²²⁰ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 2009, pág. 83 a 84.

auto-incriminatório, não poderão ser utilizados em processo penal sob pena de violar o direito contra a auto-incriminação do arguido.

Já os meios de prova recolhidos que se consubstanciem prova pessoal, como sejam declarações e depoimentos prestados pelo visado, com conteúdo auto-incriminatório, não poderão ser utilizados e valorados em processo penal sob pena de se atingir o direito ao silêncio do arguido. Portanto, enquanto depoimento, de nada valerá não podendo ser adquirido para o processo. No leque de prerrogativas das autoridades de supervisão, estas podem requerer às entidades supervisionadas esclarecimentos e informações relativamente às matérias sujeitas a supervisão, podendo tomar declarações dessas entidades. Contudo, a utilização desses elementos, prestados pelo visado quando sujeito ao dever de informar e esclarecer, atenta contra o direito ao silêncio do arguido de modo intolerável, não podendo o processo penal admitir essa utilização. Mesmo na decorrência de um processo penal, nunca se poderia exigir ao arguido que este prestasse depoimento sobre factos auto-incriminatórios. Então, não deverá ser também aceitável que esses tipos de meios de prova entrem no processo penal e sejam utilizados, sob pena de gerar uma antinomia no sistema.

De notar a conclusão a que chegou o TEDH relativamente à valoração em processo-crime de declarações anteriormente prestadas sob coerção, no Acórdão Saunders²²¹. Como pano de fundo estaria a decisão relativamente ao uso que foi feito como prova, num processo-crime, das declarações que o visado foi obrigado a prestar sob coerção, diga-se, sob ameaça de aplicação do crime de desobediência, num procedimento administrativo. O Tribunal considerou que o direito a não contribuir para a sua própria incriminação inclui as declarações de admissão de prática de ilícitos e as diretamente auto-incriminatórias, bem como “quaisquer depoimentos obtidos sob coerção”. Contudo, este direito não salvaguarda a utilização, em processo-crime, de “dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito” o que, quanto a nós, recai sobre os documentos que decorrem de obrigações legais de conservação²²².

Por fim, quanto à comunicabilidade de elementos obtidos para o processo penal, relativamente a crimes comuns não especificamente relativos ao sector regulado em causa, entendemos que o poder das entidades de supervisão termina com a comunicação às

²²¹ Acórdão do TEDH de 17 de Dezembro de 1996.

²²² Conclusões retiradas de MENDES, Paulo de Sousa, 2009, pág. 19 a 21.

autoridades judiciárias competentes da eventual notícia do crime, não podendo, contudo, ceder quaisquer elementos recolhidos durante a fase de supervisão. As autoridades de supervisão devem ter poder para comunicar os factos às autoridades judiciárias competentes, mas, há que ter em conta que já não se está diante de crimes inerentes ao sector em causa pelo que há aqui um limite aos poderes de supervisão. Pelo que, consideramos que a intervenção da autoridade de supervisão limita-se à comunicação dos factos criminosos à autoridade judiciária competente, tendo esta de iniciar a investigação criminal desde início. Contudo, pode ser exigido ao arguido, aquando um eventual processo criminal decorrente daquela comunicação, todos os elementos que este deva possuir por imposição legal, tal como defendemos anteriormente relativamente às restrições ao direito contra a auto-incriminação no processo penal.

Concluimos que, desde que respeitados estes critérios que limitam o princípio *nemo tenetur*, em ambos os corolários, a prova obtida previamente no âmbito dos poderes de supervisão, pode ser utilizada em processo penal quanto a crimes inerentes ao sector. Contudo, defendemos também uma maior pormenorização em quais os elementos que podem ser utilizados ou não pois, os Acórdãos referidos não colocam qualquer limitação. Esta é a solução que consideramos adequada aos problemas que se suscitam da intercomunicabilidade probatória dos elementos obtidos fora do processo penal para este processo.

Conclusão

Apesar de o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ser um princípio debatido a nível jurisprudencial e doutrinal, os seus corolários não são suficientemente delimitados e definidos na maioria das vezes. Muitas vezes, são tidos como um único ou simplesmente é tido em conta apenas o sentido estrito do direito ao silêncio.

Apesar disso, ao direito ao silêncio apenas se pode conceder uma proteção relativamente a conteúdos declaratórios, como direito do arguido em recusar-se a responder a questões sobre factos incriminatórios. Trata-se de uma proteção absoluta pois nunca poderá ser imposto a um arguido que preste depoimento ou revele factos contra si próprio, sob pena de atentar contra o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*.

O corolário do direito à não auto-incriminação, tendo um conteúdo mais versátil, é objeto de diversas restrições a nível processual penal e não só, colocando o arguido numa situação de sujeição. Contudo, estas restrições devem respeitar parâmetros de constitucionalidade sob pena de ser inexigível a colaboração do arguido.

Seria de máxima importância distinguir ambos os conteúdos. Também, regular a amplitude do direito à não auto-incriminação que não tem qualquer referência na lei processual penal, mas que necessita dessa regulamentação de modo a fazer prevalecer as garantias de defesa do arguido em processo penal.

O exercício destes direitos não se mostra perfeitamente delimitado o que torna o seu exercício dúbio, sendo isso potenciado quando em causa estejam entes coletivos arguidos. Revela-se evidente a ausência de uma regulamentação processual penal, o que contraria e cria uma antinomia entre o ponto de situação a nível do direito penal e do direito processual penal. Na verdade, face à crescente possibilidade de responsabilização penal de um arguido deveria equivaler uma titularidade crescente de garantias de defesa.

Carecendo o ente coletivo de uma figura que se assumia como seu intermediário legal no processo penal, verifica-se que não há um regime que preveja quem este deve ser e de que modo deve exercer os direitos da sua representada. Podendo inclusivamente esse representante legal ser também arguido no mesmo processo, originando potenciais conflitos de defesa. Por esse motivo, a veste de arguido no mesmo processo penal deve desencadear à impossibilidade de representação legal do ente coletivo por aquele que tem essa competência à luz da lei, pacto social ou estatutos. A efetivação das garantias de

defesa do ente coletivo deveria impor uma solução que passa pelo impedimento de cumulação de papéis contraditórios: papel de arguido a título pessoal e de representante legal do ente coletivo.

A especificidade de se ter como arguido um ente coletivo leva a que se adote soluções específicas quanto ao exercício de direitos inerentes a esse estatuto. Estando em causa uma coletividade de interesses, constituída por diversos vínculos orgânicos que surgem entre órgãos e titulares de órgãos, deveria equivaler um legítimo e amplo exercício do direito ao silêncio. O representante legal do ente coletivo deve sempre expressar a vontade da coletividade, plasmada na vontade dos seus órgãos. Mas não esgota em si o exercício legítimo de direitos titulados pelo ente coletivo. Antes, todos aqueles que pertençam ao ente coletivo numa perspetiva orgânica devem legitimamente invocar a prerrogativa do direito ao silêncio de modo a não responder ou declarar contra o ente coletivo, com o qual detêm um vínculo orgânico.

Os entes coletivos, devido à sua organização e estrutura, estão sujeitos a deveres de transparência e registo de toda a sua atividade. Estão por isso sujeitos à obrigação de entrega de meios de prova que resultem de obrigações legais de conservação e registo. Mesmo que desses elementos resulte informação que venha a prejudicar pessoas singulares que fazem parte da orgânica do ente coletivo. Também aqui não há um regime que resolva estas antinomias que prejudicam as garantias de defesa de ambos. Consequentemente, os documentos pré-existentes, com conteúdo auto-incriminatório, com fundamento numa exigência legal de conservação e registo, podem ser alvo de um ato de entrega. Mesmo que esses documentos acarretem a responsabilidade penal de algum dos membros do ente coletivo.

Numa esfera exterior ao processo penal, os entes coletivos ao ocuparem uma posição de supervisionados recaem sobre os mesmos deveres de colaboração que são um custo a suportar pela vantagem de atuarem num sector alvo de supervisão. Inclusivamente, estes deveres estão reforçados com uma tutela sancionatória, pois que o seu incumprimento gera responsabilidade, criminal e contra-ordenacional.

A possibilidade de utilização do resultado desses deveres de colaboração num eventual processo sancionatório, penal ou contra-ordenacional, reflete um dos âmbitos onde se verifica exceções ao princípio *nemo tenetur*. Pois, efetivamente, podendo ter

conteúdo auto-incriminatório e tendo sido fornecidos pelo próprio visado, podem vir a ser usados contra si num subsequente processo sancionatório.

Face a um eventual processo contra-ordenacional, os setores sujeitos a supervisão contêm normas legais onde efetivamente prevêem o poder de instrução de processos contra-ordenacionais pelo que resulta de uma ponderação de interesses essa utilização.

Essas mesmas normas legais não existem no âmbito do processo penal, não estando regulado o modo e limites com que deve operar essa comunicabilidade de meios de prova obtidos pelas autoridades de supervisão no âmbito dos seus poderes de supervisão para um eventual processo penal. Por esse motivo, deve ser apontada uma solução razoável e ponderada. Inclusivamente porque no âmbito de um processo penal as garantias de defesa do arguido valem de modo mais intenso. Admitindo a valorização desses elementos obtidos previamente, tm contudo de passar por um crivo que equivale ao mesmo critério que vale para o processo penal. Portanto, apenas pode comunicar para o processo penal os meios de prova trazidos pelo visado que sejam possíveis de consubstanciar uma obrigação de entrega para o arguido no decorrer de um processo penal. Se esses elementos também poderiam ser exigíveis ao arguido no decorrer de um processo penal então podem ser transmitidos e valorados no mesmo. Assim se garante uma harmonização de critérios e uma efetivação do princípio *nemo tenetur* no processo penal.

A manutenção destes deveres, mesmo que resulte a auto-incriminação do supervisionado, coloca o sujeito numa posição frágil pois está inevitavelmente a contribuir para a sua própria incriminação. O ponto de equilíbrio passa por aquilo que se defenda relativamente à utilização dos elementos obtidos em consequente processo sancionatório.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0197-2

ANDRADE, Manuel da Costa - “*Bruscamente no Verão passado*”, *A Reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1726-1

- “*Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário: ou a insustentável indolência de um Acórdão (nº340/2013) do Tribunal Constitucional*”. *Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. (21. Nov. 2017) disponível em [https://digitalis.uc.pt/pt/artigo/nemo tenetur se ipsum accusare e direito tribut%C3%A1rio ou insustent%C3%A1vel indol%C3%Aancia de um ac%C3%B3rd%C3%A3o](https://digitalis.uc.pt/pt/artigo/nemo%20tenetur%20se%20ipsum%20accusare%20e%20direito%20tribut%C3%A1rio%20ou%20insustent%C3%A1vel%20indol%C3%Aancia%20de%20um%20ac%C3%B3rd%C3%A3o). ISSN 0870-4260

- *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2196-1

ANDRADE, Manuel Domingues de - *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I Sujeitos e Objeto*. Coimbra: Edições Almedina, 1997. ISBN 9789724004259

ANDRADE, Tiago da Costa – “Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do direito da concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas coletivas”. *Revista de Concorrência e Regulação*. ISSN 1647-5801. Ano VIII, nº 31, (Jul/Set. 2017), pág. 179-214.

BACIGALUPO, Enrique - “La responsabilidad penal y sancionatória de las personas jurídicas em el derecho europeo”. In *Curso de Derecho Penal Económico*. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. ISBN: 84-9768-271-8. Parte Geral, pág. 61-79.

BOLINA, Helena Magalhães – “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado de valores mobiliários”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. ISSN 978-141-6458-29-6. 2º Semestre, nº14, 2010, pág. 383-430.

BRANDÃO, Nuno Brandão – “Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ISSN 220-001-9046-21-3. Ano 24 (Jan. Mar. 2014), pág. 29-55

BRAVO, Jorge dos Reis – *Direito Penal de Entes Coletivo: Ensaio sobre a punibilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1642-4

CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-2106-8

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1464-4

Comissão do Mercado de Valores Mobiliários - *Contraordenações e crimes no mercado de valores mobiliários: o sistema sancionatório, a evolução legislativa e as infrações imputadas*. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN: 978-972-40-6186-3 (consultado a 27/12/2017).

Disponível

em

<http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/Contraordena%C3%A7%C3%B5es%20e%20Crimes%20no%20Mercado%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios/Documents/Contraordenacoes%20e%20Crimes%20no%20Mercado%20de%20Valores%20Mobiliarios.pdf>

DIAS, Augusto Silva – “Têm os deveres de cooperação do art.7º e ss. do DL nº 29/2008, de 25 de Fevereiro, implicações processuais penais ou contra-ordenacionais?”. in (coord.) PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa - *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2073-5, pág. 433-451.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa - “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas” (parecer). In Dias, Jorge Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa Pinto - *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3763-9, pág. 12-56

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Clássicos Jurídicos - Direito Processual Penal, Vol. I*. Reimpressão da 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 9789723212501

Fórum Penal - Associação de Advogados Penalistas - Comentário à Diretiva (U.E) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2016. Disponível em www.forumpenal.pt (consultado a 27 de Dezembro de 2017)

GODINHO, Inês Fernandes – “Pessoas coletivas e processo penal: alguns apontamentos de uma tentativa impossível”. Galileu, *Revista de Economia e Direito*. ISSN 0873-495X. Vol. XII, nº2, 2007/XIII, nº1, 2008, pág. 49-75

BRANDÃO, Nuno Brandão – “Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ISSN 220-001-9046-21-3. Ano 24 (Jan. Mar. 2014), pág. 29-55

LOUREIRO, Flávia Novera – “O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono”. In (Coord. CALHEIROS, Maria, MONTE, Mário, PEREIRA, Maria, GONÇALVES, Anabela) – *Direito da Lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono. Vol. II*. Minho: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017. ISBN 978-989-99766-2-7, pág. 21-29

MAGALHÃES, Tiago Manuel Coelho – *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Ente Coletivo em Processo Penal*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. Dissertação de Mestrado.

MENDES, Paulo de Sousa - “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”. *Revista Julgar*. Nº 9, 2009. (21. Nov. 2017) disponível em <http://julgar.pt/o-dever-de-colaboracao-e-as-garantias-de-defesa-no-processo-sancionatorio-especial-por-praticas-restritivas-da-concorrencia/>

MENEZES, Sofia Saraiva - “O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito” in (coord.) BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – *Prova criminal e direito de defesa*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4090-5, pág. 117-136

MOUTINHO, José Lobo - *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. ISBN 9789725400135

PEREIRA, António Beça - *Regime geral das contra-ordenações e coimas – Anotação ao Decreto-lei nº433/82, de 27 de Outubro*. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5790-3

PINA, Cláudia Verdial - “Crime de manipulação do mercado: elementos típicos e recolha de prova”. *Revista Julgar*. ISBN 977-164-668-517-3. Nº17, (Mai. Ago. 2012), pág. 35-66

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - “A supervisão no novo código dos valores mobiliários”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*. Nº7 (Abril, 2000a) (consultado a 06/02/2018). Disponível em <http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Pages/CadernoN7.aspx?v>

- “O novo regime dos crimes e contra-ordenações no código dos valores mobiliários”. *Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2000b, ISBN 972-40-1351-0.

- “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação”. In Dias, Jorge Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa Pinto - *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3763-9, pág. 57-125

PINTO, Lara Sofia - “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case study: revelação coativa da password para descriptação de dados – *resistance is futile?*” in (coord.) BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – *Prova criminal e direito de defesa*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4090-5, pág. 91-116.

RAMOS, Luis Rodríguez - *Secundariedad del derecho penal económico*. Madrid: Editorial COLEX, 2001. ISBN 84-7879-624-X

RAMOS, Vânia Costa – “*Corpus Juris* 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”. Parte I. *Revista do Ministério Público*. ISSN 0870-6107. Out./ Dez. 2006, nº 108, pág. 125-149

-“*Corpus Juris* 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”. Parte II. *Revista do Ministério Público*. ISSN 0870-6107. Jan./Mar. 2007, nº 109, pág. 57-96

RISTORI, Adriana Dias Paes - *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN: 978-972-40-3109-5

SANTIAGO, Bruno Vinga - “O regime das averiguações preliminares no Código dos Valores Mobiliários de 1999”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ISSN 0871-8563. Ano 11, nº4 (2001), pág. 603-632.

SANTOS, Manuel Simas e HENRIQUES, Manuel Leal – *Código de Processo Penal Anotado, II*. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-1046-3

SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol.I*. Lisboa: Editora Verbo, 2001. ISBN: 972-22-1828-X

- *Curso de processo penal. Vol. I*. Lisboa: Editora Verbo, 2008. ISBN 978-972-22-1557-2

- *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*. Lisboa: Editora Verbo, 2009. ISBN 9789722228831

- “A pessoa coletiva como arguida no processo penal”. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, 2014/2015. (consultado a 06/02/2018). Disponível em http://carlospintodeabreu.com/public/files/a_pessoa_colectiva_como_arguida_no_processo_penal.pdf

SILVA, Sandra Oliveira e - *O arguido como meio de prova contra si mesmo – Considerações em torno do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”*, Almedina, 2018, ISBN 978-972-40-7334-7

TEIXEIRA, Carlos Adérito – “A pessoa coletiva como sujeito processual ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. ISSN 1645-829X. 1º Semestre, nº 8, 2008, pág. 99-166

Lista de Jurisprudência

Funke c. França, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 25 de Fevereiro de 1993, Processo nº 10828/84 - disponível em <https://e-justice.europa.eu> (consultado a 27/12/2017)

Murray c. Reino Unido - Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 8 de Fevereiro de 1996, Processo n.º 18731 - disponível em <https://e-justice.europa.eu> (consultado em 27/12/2017)

Saunders c. Reino Unido - Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 17 de Dezembro de 1996, Processo nº 19187/91 – disponível em <https://e-justice.europa.eu> (consultado em 27/12/2017)

Orkem - Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, Processo nº 374/87 - disponível em <https://e-justice.europa.eu> (consultado a 27/12/2017)

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 695/95, 1ª Secção, Processo nº 351/95, de 05 de Dezembro de 1995, Cons. Relator: Vítor Nunes de Almeida - disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 27/12/2017)

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 656/97, 1ª Secção, Processo nº 126/97, de 04 de Novembro de 1997, Cons. Relator: Ribeiro Mendes - disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 27/12/2017)

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 155/07, 3ª Secção, Processo n.º 695/06, de 02 de Março de 2007, Cons. Relator: Gil Galvão - disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 27/12/2017)

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 527/2011, 2ª Secção, Processo n.º 366/11, de 11 de Outubro de 2011, Cons. Relator: Catarina Sarmento e Castro - disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 27/03/2018)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 360/2012, 1ª Secção, Processo nº 90/12, de 05 de Julho de 2012, Cons. Relator: Maria João Antunes - disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 27/12/2017)

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 78/2013, 2ª Secção, Processo n.º 624/12, de 31 de Janeiro de 2013, Cons. Relator: João Cura Mariano - disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 27/03/2018)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 408/2013, 2ª Secção, Processo n.º 817/12, de 17 de Junho de 2013, Cons. Relator: João Cura Mariano – disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 27/12/2017)

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 360/2016, 2ª Secção, Processo n.º 563/2015, de 08 de Junho de 2016, Cons. Relator: Ana Guerra Martins - disponível em www.tribunalconstitucional.pt (consultado em 12/04/2018)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 2006, Processo nº 06P1926, Relator: Rodrigues da Costa - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2007, Processo nº 06P4593, Relator: Maia Costa - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 08/03/2018)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008, Processo nº 07P3227, Relator: Simas Santos - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 2014, Processo nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1, Relator: relatado por Armindo Monteiro - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Abril de 2010, Processo nº 56/06.2TELSB-B.L1-9, Relator: Fátima Mata-Mouros - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Abril de 2012, Processo nº 594/11.5TAPDL.L1-5, Relator: Simões de Carvalho - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Fevereiro de 2013, Processo nº 15048/09.1IDPRT.P1, Relator: Ernesto Nascimento - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de Janeiro de 2014, Processo nº 97/06.0IDBRG.G2, Relator: António Condesso - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Maio de 2015, Processo nº 206/14.5YUSTR.L1-5, Relator: Artur Vargues - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 17/01/2018)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2015, Processo nº 208/13.9TELSB-B.L1-9, Relator: Antero Luís - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 08/03/2018)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2017, Processo nº 320/14.7GCMTJ.L1-9, Relator: Filipa Costa Lourenço - disponível em <http://www.dgsi.pt> (consultado em 08/03/2018)